

弁護士の善管注意義務と説明義務

—最高裁平成 25 年 4 月 16 日判決民集 67 巻
4 号 1049 頁を手がかりとして

王 冷然

一 問題の所在

今日、弁護士の活動領域は、従来の訴訟活動から訴訟外の示談交渉や債権取立て、債務整理、法的助言の提供など多方面に広がっている。このような職務の遂行に際して、弁護士が依頼者あるいは第三者に損害をもたらした場合には、その民事責任が問われ得る。弁護士の民事責任を追及する訴訟は、医療過誤訴訟と対比され、「弁護過誤訴訟」と呼ばれる。しかも、その責任は、医師と共に「専門家責任」の典型として論じられることが多い¹。しかし、医師の責任に関する裁判例や理論的蓄積に比べると、弁護士の責任に関する裁判例や理論的研究は必ずしも多くない²。とくに、専門家として、医師も弁護士も患者や依頼者に対し一定の説明義務を有することに異論は見られないものの、医師の説明義務については、学説・判例の蓄積のあるインフォームド・コンセントや医療水準論などを通じて、その内容や判断基準に一定の方向性が示されている³のに対して、弁

¹ 川井健編『専門家の責任』（日本評論社、1993 年）、専門家責任研究会編『専門家の民事責任』「別冊 NBL28 号」（商事法務研究会、1994 年）、私法 57 号 9 頁以下における＜1994 年度私法学会シンポジウム専門家の民事責任＞の各論稿（1995 年）、山田卓生＝加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座 3 製造物責任・専門家責任』（日本評論社、1997 年）、川井健＝塩崎勤編『新・裁判実務大系 8 専門家責任訴訟法』（青林書院、2004 年）など、参照。

² これは、日本において弁護過誤訴訟が少ないことに関係していると思われる。日本の弁護過誤訴訟が少ない理由については、加藤新太郎『弁護士役割論』[新版]（弘文堂、2000 年）48 頁以下、小林秀之「弁護士の専門家責任（その 1）」NBL541 号 34 頁（1994 年）など、参照。

³ 医師の説明義務に関する文献は多い。さしあたり、伊澤純「医療過誤訴訟にお

護士の説明義務や注意義務の内容は、具体性を欠いている。確かに、下級審裁判例がある程度存在するが、最高裁レベルの判決としてはこれまで存在しなかったところ、ようやく最高裁平成 25 年 4 月 16 日判決民集 67 巻 4 号 1049 頁（以下、「平成 25 年判決」という）が登場した。平成 25 年判決において、最高裁は委任契約に基づく善管注意義務の一環として弁護士の説明義務違反を認めたが、その際、事案では、弁護士が債務整理の方法として「時効待ち」方針を採ること自体が善管注意義務違反になると指摘する補足意見が付されている点が興味深い。

弁護士の善管注意義務と説明義務とは一体どのような関係にあるのであろうか。医療訴訟において、医師の説明義務が問われる多くのケースでは、医療行為としての具体的措置それ自体には法的問題がない場合が少なくないこと⁴が特徴的である。つまり、医療訴訟では、行われた医療行為に法的問題がないときにも、医師の説明義務違反の有無が問題とされ、医療機関側の責任が補充的に問われていることが多い。弁護士の中心的債務が委任事務の処理であるが、医療行為の場合と同様、具体的事務処理方針・処理方法そのものに法的問題がなくても、弁護士の説明義務違反が問題とされうることに注意が必要である。ただ、委任事務の処理方針や方法が裁量権を逸脱し不適切であった場合、事務処理方針や方法それ自体が善管注意

ける医師の説明義務違反（一）～（五・完）」成城法学 62 号 41 頁以下（2000 年）、64 号 99 頁以下、65 号 125 頁以下、67 号 143 頁以下、68 号 125 頁以下（2001 年～2002 年）、西野喜一「医師の説明義務とその内容」法政理論 34 巻 3 号 1 頁以下（2002 年）、石崎泰雄「患者の意思決定権確立への道：最近の最高裁判例を機軸として」法学会雑誌 48 巻 2 号 155 頁以下（2007 年）、松原孝明「医師の説明義務違反事例における因果関係と賠償範囲」大東法学 50 号 243 頁以下（2007 年）、岡林伸幸「医師の説明義務の基準に関する一考察」千葉大学法学論集 22 巻 4 号 35 頁以下（2008 年）、山中敬一「医師の説明義務（1）（2）」関法 61 巻 6 号 1 頁以下、62 巻 1 号 1 頁以下（2012 年）、太田幸夫「医師の説明義務—最高裁判決に見る—」駿河台法学 27 巻 2 号 149 頁以下（2014 年）など、参照。

⁴ 米村滋人「医事法講義[第 11 回]」法セ 697 号 98 頁以下、特に 99 頁を参照。

義務違反になりうるにもかかわらず、それを判断せずに説明義務違反のみを問題にすることには問題が無いのであろうか。平成 25 年判決で、最高裁の多数意見は、債務整理方法として「時効待ち」方針を採るのが合理的ではないと判断しながら善管注意義務違反の存否を問題とせず、善管注意義務の一環としての説明義務違反のみを認定した。これは、当該委任事務の処理が「時効待ち」という不作為であったことに起因するのであろうか。いずれにせよ、最高裁の判断構造によれば、説明義務を尽くせば、弁護士に善管注意義務違反がなく、「時効待ち」方針を採るリスクや責任を依頼者に転嫁することが許されることになりそうであるが⁵、果たしてこれでいいのかが問題である。委任者自身の選択や同意によって、給付に伴うリスクを転嫁することが許される場合があるとしても、そこには「合理的な選択肢を提示する」ことについての受任者たる弁護士の責任は免れないのではないか。

つまり、委任事務の処理方針・処理方法それ自体が委任の趣旨から合理性を有しない場合、善管注意義務違反の存否を不問に付し、説明義務違反の問題として処理すること、言い換えれば、委任事務の処理方針や方法に問題がある場合でも、説明さえを尽くせば、弁護士が依頼者に対して責任を負わない場合があると考えてよいかが問題である。

弁護士の場合だけでなく、これまで、委任契約上の善管注意義務と受任者の説明義務との関係については十分に論じられているとは言いがたい。一般的に、説明義務が善管注意義務の一種であると説明されるにとどまり、具体的な中身が必ずしも明確でない。この問題

⁵ 岩藤美智子「判批」判例セレクト[I]22 頁（2013 年）においては、平成 25 年判決に対して、「…十分に説明してなお依頼者が希望する場合に、時効待ち方針を採ることは、善管注意義務に違反しない（その意味で、指図に反する義務までではない）という見解を前提としているものと考えられる」という。

の解明は、受任者の善管注意義務と説明義務との関係を明らかにするだけでなく、白地規範⁶と言われる委任契約上の善管注意義務についても、少なくとも弁護士の場合におけるその内容の具体化に資すると思われる。

以上の問題意識のもと、本稿では、弁護士の事務処理の場合を素材に、平成 25 年判決を出発点において、弁護士の善管注意義務と説明義務との関係をどのように考えるべきかを解析する作業を試みる。以下では、まず平成 25 年判決の内容を分析し（二）、弁護士の説明義務違反をめぐる下級審裁判例の動向について整理・検討したうえで（三）、弁護士の債務としての善管注意義務と説明義務の内容を構造的に分析し（四）、医師の場合と対比しながら、弁護士の善管注意義務と説明義務との関係をどのように考えるべきかについて一定の方向性を提示することとしたい（五）。

二 平成 25 年判決⁷

1 事案の概要

平成 17 年 6 月 30 日、弁護士 Y と依頼者 A との間に、A の消費者金融業者に対する債務の整理を目的とする委任契約が締結された。それを受けて、Y は、利息制限法所定の制限利率に従い、A が債権者に弁済した元利金の充当計算をしたところ、B 会社および C 会社に対してはまだ元本債務が残っているが、他の 3 つの会社に対しては過払金が発生していることが判明し、この 3 社と和解して、合計

⁶ 広中俊雄＝幾代通編『新版注釈民法（16）』（有斐閣、1989 年）226 頁[中川高男]。

⁷ 本判決に関する評釈は、加藤新太郎「判批」金判 1427 号 8 頁、同・民事判例 8 号 102 頁、同・月報司法書士 497 号 36 頁（2013 年）、小笠原奈菜「判批」現代消費者法 21 号 82 頁（2013 年）、吉永一行「判批」民商 149 巻 2 号 180 頁以下（2013 年）、楢村寛道「判批」NBL1005 号 56 頁（2013 年）、佐久間毅「判批」ジュリ 1446 号（平成 25 年重判解）83 頁（2014 年）、西島良尚「判批」リマークス 48 号 34 頁（2014 年）、松浦聖子「判批」法セ 708 号 120 頁（2014 年）、岩藤・前掲注（5）などある。

159 万 6793 円の過払金を回収した。

Y は、上記 3 社から回収した過払金により、B 会社及び C 会社に対する支払原資を確保できたものと判断し、B、C 会社に対し、元本債務の 8 割に当たる金額を一括して支払う和解案を提示した。B 会社は上記内容による和解案に応じたが、C 会社はこれに応じなかった。

Y は、平成 18 年 7 月 31 日頃、A に対し、回収した過払金額や C 会社に対する残元本債務の額について説明したほか、C 会社についてはそのまま放置して当該債務に係る債権の消滅時効の完成を待つ方針（以下「時効待ち方針」という）を採るつもりであり、裁判所や C 会社から連絡があった場合には Y に伝えてくれれば対処すること、回収した過払金に係る預かり金を返還するが、C 会社との交渉に際して必要になるかもしれないので保管しておいた方が良いことなどを説明した。また、Y は、回収した過払金から報酬や債務整理費用などを差し引いて、残額の 48 万 7222 円から振込費用を控除した残金を A に送金した。

平成 21 年 6 月 15 日に、A は、Y が、他の依頼者から債務整理を放置したことを理由とする損害賠償請求訴訟を提起されたとの報道等に接して、Y による債務整理に不安を抱くようになり、Y を解任して、甲弁護士に改めて債務整理を委任した。甲は、A の代理人として C 会社と交渉し、A が C 会社に対して和解金 50 万円を分割して支払う内容の和解を成立させた。

そこで、A は、Y に対し、債務整理の方針についての説明義務違反があったことなどを理由として、債務不履行に基づく損害賠償を請求し、本件訴訟を提起した。A は、第 1 審係属中に死亡し、その妻である X が本件訴訟を承継した。

第 1 審（鹿児島地名瀬支判平成 23 年 8 月 18 日）は「時効待ち」という債務整理方法について Y の説明義務違反を認め、同時に「時効待ち」という方法を採ること自体が「受任者の善管注意義務に違背

したもの」であり、Y に事務処理の懈怠による債務不履行責任があると判断し、20 万円の慰謝料支払いを命じた。これに対し、Y が控訴し、原審（福岡高宮崎支判平成 23 年 12 月 21 日）は「時効待ち」手法について、A が Y から「一応の説明を受けた上で、そのような Y の債務整理の方針に異議を述べず、黙示に承諾したものと認めることができる」ことを理由に、Y の説明義務違反を否定し、事務処理の懈怠をも否定した。X が上告受理申立てをした。

2 最高裁判旨（破棄差戻し）

「本件において Y が採った時効待ち方針は、C が A に対して何らの措置も採らないことを一方的に期待して残債権の消滅時効の完成を待つというものであり、債務整理の最終的な解決が遅延するという不利益があるばかりか、当時の状況に鑑みて C が A に対する残債権の回収を断念し、消滅時効が完成することを期待し得る合理的な根拠があったことはうかがえないのであるから、C から提訴される可能性を残し、一旦提訴されると法定利率を超える高い利率による遅延損害金も含めた敗訴判決を受ける公算が高いというリスクをも伴うものであった。

また、Y は、A に対し、C に対する未払分として 29 万 7840 円が残ったと通知していたところ、回収した過払金から Y の報酬等を控除してもなお 48 万円を超える残金があったのであるから、これを用いて C に対する残債務を弁済するという一般的に採られている債務整理の方法によって最終的な解決を図ることも現実的な選択肢として十分に考えられたといえる。

このような事情の下においては、債務整理に係る法律事務を受任した Y は、委任契約に基づく善管注意義務の一環として、時効待ち方針を採るのであれば、A に対し、時効待ち方針に伴う上記の不利益やリスクを説明するとともに、回収した過払金をもって C に対す

る債務を弁済するという選択肢があることも説明すべき義務を負っていたというべきである。

しかるに、Yは、平成18年7月31日頃、Aに対し、裁判所やCから連絡があった場合にはYに伝えてくれれば対処すること、Cとの交渉に際して必要になるかもしれないので返還する預り金は保管しておいた方がよいことなどは説明しているものの、時効待ち方針を採ることによる上記の不利益やリスクをAに理解させるに足りる説明をしたとは認め難く、また、Cに対する債務を弁済するという選択肢について説明したことはうかがわれないのであるから、上記の説明義務を尽くしたということはできない。そうである以上、仮に、Aが時効待ち方針を承諾していたとしても、それによって説明義務違反の責任を免れるものではない。」

3 裁判官田原睦夫補足意見

まず、債務整理の手段として「時効待ち」の手法について、田原裁判官は「…債権者が上場企業等一定の債権管理体制を備えている企業の場合には、一般に、債権の時効管理は厳格に行われており、超小口債権で回収費用との関係から法的手続を断念することが予想されるような場合を除き、時効まで放置することは通常あり得ないのであって、かかる債権者に対して『時効待ち』の手法を採ることは、弁護士としての善管注意義務違反に該するということができる」とし、一般論として「時効待ち」の手法を採ることが弁護士としての善管注意義務違反になると指摘する。

その上で、本件における「時効待ち」の手法の選択の適否については、「…Cが上場企業であって、企業としてシステムの時に時効管理を行っていることが当然に予測される以上、『時効待ち』によってその債権が時効消滅することは通常予測し得ないのであるから、『時効待ち』の方針を採用すること自体、受任弁護士としての裁量権の逸

脱が認められて然るべきである」と指摘したあと、「時効待ち」手法を採るリスクを説明しないことが説明義務違反になると判断した。

4 本判決による提示された問題

本事件において、債務整理事務を受任した弁護士 Y が、過払金を回収し、それを利用して依頼者 A のほかの債権者 C に支払うことができるという状況下で、「時効待ち」方針を採って、結局依頼者の債務整理の終了を遅延させたことはほぼ明らかである。しかし、最高裁は、「当時の状況に鑑みて C が A に対する残債権の回収を断念し、消滅時効が完成することを期待し得る合理的な根拠があったことはうかがえない」こと、および「回収した過払金から Y の報酬等を控除してもなお 48 万円を超える残金があったのであるから、これを用いて C に対する残債務を弁済するという一般的に採られている債務整理の方法によって最終的な解決を図ることも現実的な選択肢」があることを認定しながらも、「時効待ち」方針を採ること自体について、直接にこれが弁護士としての善管注意義務に違反したという判断を下すのではなく、善管注意義務の一環として、当該手法を採るのであればそのリスクや不利益および代替選択肢を説明すべきであるのに、そのような説明義務を尽くさなかったとして、「説明義務違反」を問題としている。

他方、裁判官田原睦夫は、補足意見で、本件での「時効待ち」方針を採ること自体が弁護士の裁量権の範囲を逸脱したと評価しながら、それが弁護士としての善管注意義務違反になるとはせず、判旨同様、説明義務違反として問題を処理している。

本判決に対する評釈には、「もともと、消滅時効が完成することを期待し得る合理的根拠等もなしに、他の現実的な選択肢を差し置いて、時効待ち方針を採ること自体が、善管注意義務に違反するのではないかが問題となる」と指摘しながら、「本判決は、この点につい

ての見解を明らかにしていないものの…、説明義務を問題としていることから判断すると、弁護士が①②③（「時効待ち」方針を採る場合のリスクや不利益および代替選択肢あることを指す一筆者注）について十分に説明してなお依頼者が希望する場合に、時効待ち方針を採ることは、善管注意義務に違反しない（その意味で、指図に反する義務までではない）という見解を前提としているものと考えられる」⁸と見る見解が存在する。

これに対し、「時効待ちという手法は、…それによるほかないと考えられる事情がある場合を除けば、合理性を著しく欠く疑いが強い」とし、仮に本件において Y が十分に説明し、A が「時効待ち」方針を承諾した場合であっても、「Y は、専門家としての信頼を得て受任しているのであるから、A に対して再考を促す義務を負うと解される。このように委任者の自発的指図がある場合であってもその変更を促すべく助言義務が受任者に解されることになる事務処理を、受任者が委任者に示唆または提案することは、それ自体が『委任の本旨』に反すると解される。したがって、本件において仮に A に対して十分に説明していたとしても、Y は、債務不履行の責任を免れないと考えられる」⁹という見解も示されている。

前者は、最高裁が、説明義務を尽くせば、「時効待ち」方針を採るリスクが依頼者に転嫁され、弁護士は善管注意義務違反にならないとの態度を示したことを示唆する。後者は、最高裁の意図とは別に、本件においては「時効待ち」方針を採ること自体は合理性がないため、たとえ弁護士がそのリスク等を十分に説明したとしても、債務不履行責任を負わなければならないという。

もともと、いずれの見解も、本件の具体的事情の下で、「時効待ち」方針を採ること自体には合理性がないと判断しており、「善管注意義務

⁸ 岩藤・前掲注（5）22 頁。

⁹ 佐久間・前掲注（7）84 頁。

務に違反する」とか「『委任の本旨』に反する」という用語を異にするものの、「時効待ち」方針を採った弁護士は委任契約上の中心的債務に違反しているとの判断では共通している。しかも、後者の見解によると、たとえ弁護士が説明義務を尽くしたとしても、「時効待ち」方針を採るリスクを依頼者に転嫁することは許されず、弁護士としての責任が発生するとする。すなわち、本件の具体的状況の下で、説明義務を尽くしたかどうかに関係なく、「時効待ち」方針を採った以上、弁護士として債務不履行責任を負うことになるわけである。そうすると、本件において、「時効待ち」方針を採ること自体の適否を判断せず、説明義務の問題として処理する最高裁の判決が意味のないことになる恐れがある。

本判決にいう「善管注意義務の一環としての説明義務」をどのように理解するかが問題であるが、少なくともここでの「説明義務」は委任の本旨に従って合理的に委任事務を処理するという委任契約上の中心的義務の一部を構成するものではないと考えられているのではあるまいか。そうであれば、委任契約上の中心的な事務処理の義務を善管注意義務と呼ぶことが許されることを前提に、当該善管注意義務と説明義務との関係をどのように考えるべきかが、本判決によって提示された問題ということになる。とくに複数の事務処理方法が存在するとき、説明義務と一体化すれば合理性を有するものとされる選択肢が存在するのか¹⁰、弁護士が採った方法・選択肢が委任の趣旨から明らかに合理性がない場合にも説明義務の履行をもってそのリスクを依頼者に転嫁させることが法的に認められるべきか

¹⁰ 平成 25 年判決において、裁判官大橋正春は補足意見として「…時効待ち方針は、債務整理を受任した弁護士が積極的に採用するものとしてはその適切性に疑問があり、こうした方針を採用する場合は弁護士には依頼者に対しその内容等を説明することがより強く要求される」と述べている。「時効待ち」方針の適切性が疑わしいからこそ、弁護士の説明がより強く要求されるというのは、説明義務の履行によって「時効待ち」方針の不適切さが補完されることを意味するように読み取れる。

を検討する必要があるように思われる。

以下では、裁判例の動向に関する分析を通じて、これらの問題の解析を試みる。

三 弁護士の説明義務をめぐる裁判例の動向¹¹

弁護士の責任を追及する訴訟そのものが少ないことは既に述べた通りであるが、弁護士の説明義務に関する裁判例は更に少なく、公開されたものは16件しか見当たらない（しかも、うち2件は同一事件の控訴審である）。「説明義務」という言葉に多義性があり、弁護士の責任に関する裁判例が少ないことから、ここでは、説明義務の意味を最も広く捉え、説明のみならず、情報提供、助言・指導などを取り扱う裁判例も説明義務に関する裁判例として検討し、さらに判決文中に説明や情報提供などのような表現がないものでも、依頼者に対する弁護士の説明を問題とする裁判例も検討対象に入れることとする。また、弁護士の善管注意義務と説明義務の関係を解析するという本稿の目的から、ここでは、説明義務違反に関する認定の有無を中心に裁判例を肯定裁判例と否定裁判例に分けるのではなく、説明義務と善管注意義務との関係に関する判断の仕方を基準に、各裁判例を分類して検討しよう。なお、以下で取り上げる各裁判例において、原告は依頼者、被告は弁護士を指している。

1 説明義務違反＝委任契約上の債務不履行とする裁判例

弁護士の説明義務違反を委任契約上の善管注意義務違反とするの

¹¹ 加藤・前掲注（2）が弁護士の説明義務のみならず、弁護士の責任に関する裁判例も詳細に紹介している。また、弁護過誤をめぐる裁判例を紹介するものに、工藤祐巖「弁護士の責任に関する裁判例の分析」自由と正義49巻4号24頁以下（1998年）、同『『専門家の責任』と主要判例の分析（上）』法時67巻2号18頁以下（1995年）、坂口公一「弁護過誤をめぐる裁判例と問題点」判タ1235号66頁以下（2007年）などがある。

ではなく、説明義務を委任契約上の義務あるいは付随義務に位置づけたうえで、その違反は委任契約上の債務不履行として損害賠償責任の有無を判断した裁判例には、次のようなものがある。

【1】千葉地松戸支判平成2年8月23日判タ784号231頁（否定裁判例）

〔事案〕相続回復請求訴訟等の提起・追行を受任した弁護士が訴訟上の和解を成立させたが、依頼者は弁護士から説明されないため和解内容に自己の意向を反映されなかったとして、弁護士に対し損害賠償を請求した。

〔判決〕裁判所は「…和解が成立して、登記手続も完了した昭和53年5月、被告およびA弁護士と原告との間で、弁護士報酬の額の確定及び支払いが円満裡になされ、和解内容について原告の不満が漏らされるようなことはなかった」とし、和解の内容に法的問題がないと判断したあと、「原告は、相続回復請求事件の審理の進行に応じて審理内容と訴訟の状況を承知し、和解の諾否の判断に必要な弁護士の意見を提供され、和解の諾否による利益損失の考慮をする機会を与えられて、和解に応じたものと認められる。…被告に、訴訟受任契約の不履行があったことを原因とする原告の損害賠償請求は理由がない」とし、弁護士の責任を否定した。

【2】福岡地判平成2年11月9日判時1379号119頁（否定裁判例）

〔事案〕貸金返還請求訴訟の提起および追行を受任した弁護士が、債務者所有の不動産に対して第三者に所有権移転登記の抹消登記手続をせず、その不動産を差押えない理由を説明しかつたことについて、依頼者は弁護士に対し損害賠償を請求した。

〔判決〕裁判所は、弁護士は当該不動産について処分禁止の仮処分命令申請し決定を得たことを踏まえ、抹消登記の申請をしないという弁護士の判断は「法律専門家としての弁護士の知識・経験に基づく合理的なものといえることができるので、被告らが直ちに抹消登記の申請をしなかったことが、委任契約上の債務不履行に当たるとはいえない」と認定したあとで、弁護士の

説明義務違反の有無について、「…被告らは、原告とその後の方針について相談することはなかったので、原告の主張するように本件不動産や借賃を差押えない理由を少なくとも原告に分るように説明していないと推認されるところであるが、仮に被告らが原告に右理由を説明していたとしても、前記認定事実の下では、原告が直ちに有効な回収策を採り原告の有する本件貸金債権を回収できたかどうかは極めて疑問であり、回収ができたことを認めるに足る証拠がない以上、原告の請求を根拠づけることはできない」とし、弁護士の説明義務違反を否定した。

【3】 広島地判平成7年7月17日判タ895号153頁（肯定裁判例）

〔事案〕 受取人欄及び振出日欄白地の約束手形の取立てについて法律相談を受けた弁護士が、依頼者に振出日欄の補充のみを指示し、受取人欄の補充を指示しなかったことについて、依頼者は委任契約上の債務不履行として損害賠償を請求した。

〔判決〕 裁判所は、まず弁護士と依頼者との間に行われた三回の相談の「事実関係を客観的に評価すれば、原告と被告との間には、…裏書人としての責任を追及するために必要な方法につき、被告が原告に対して適切な法律的助言を行うことを内容とする委任契約が締結されていたとみるのが相当である」とし、両者の間に委任契約が成立したことを前提に、弁護士が行うべき説明・指示の内容について、「本件手形が現実に持参されており、具体的な相談の過程において、その第一裏書人として表示されている A に対する責任追及の方法につき助言を求められているのであるから、相談を受けた弁護士たる被告としては、原告に対し、本件手形によって裏書人の責任を法律上有効に追及するためには、振出日欄とともに裏書人欄を補充するよう、そして、必要に応じて、振出日としてどのような日付を記入すべきかについて、また、受取人欄に第一裏書人たる A の社名を記入してこれを補充しなければならない旨を具体的に説明・指示すべき義務があったというべきである」と判示した。

次に、上記の説明・指導義務違反の有無について、裁判所は「……被告は、当時、本件手形の受取人欄が白地であることを認識しておらず、それゆえ、原告に対しその補充をするよう具体的に説明ないし指示する義務を怠ったものと認めざるを得ない。…被告は、本件委任契約の前記債務不履行により原告の被った損害を賠償する責任があるものというべきである」と判断し、弁護士に依頼者が回収できなかった 1000 万円の損害賠償を命じた。

【4】 千葉地判平成 8 年 6 月 17 日判時 1620 号 111 頁（否定裁判例）

〔事案〕 仮処分およびこれに関する和解その他一切の訴訟行為の委任を受けた弁護士に対し、依頼者は和解の内容が裁量権の範囲を超え、それに関する報告・説明がなかったことを理由に、損害賠償を請求した。

〔判決〕 裁判所は、まず「被告が本件の和解条項を受け入れて和解を成立させたことをもって、当該紛争の解決策として著しく不合理であり、被告の弁護士としての裁量の範囲を逸脱したものということとはできないし、原告代表者も和解の進行状況を了知し、和解案を受諾することを了承したといわざるをえないから、結局、被告が本件和解成立に至る過程で委任者たる原告の利益を擁護する方策を検討すべき義務の本旨に従った履行をしなかったことを認めることはできない」とし、弁護士の委任事務処理懈怠を否定した。

次に、説明義務違反の有無については、「被告は原告代表者のみならず原告の関係者らも対象として本件仮処分異議事件についての報告、説明、打合せ等を行っており、また原告代表者には本件和解条項での裁判上の和解を成立させるべきか否かの判断に必要な資料は十分に与えられていたものと考えるのが合理的である」として、弁護士の報告・説明義務違反を否定した。

【5】 東京地判平成 10 年 2 月 5 日判タ 1008 号 178 頁（否定裁判例）

〔事案〕 依頼者の職務地位の保全および貸金返還請求権の保全を求める仮処分申請を受任した弁護士が、事件を和解で終了させたが、和解内容に自己の意思が反映されないとして、依頼者は弁護士に対し損害賠償を請求した。

〔判決〕 裁判所は、「…原告と被告との間で事務処理方針に意見の対立が生じたことから、原告はその代理人として友人の A を選任して、被告との折衝・連絡に当たらせたこと、A は被告と面談するなどして和解条件等について打合せを行い、その結果を原告にファックス等で連絡し、原告も被告の和解案に対して修正意見を述べるなどして、最終的に原告は被告の和解案を了解したことの各事実と照らすと、本件和解条項は A を介して、原告の意向を反映して作成されたものであり、原告はその内容を事前に了解して、これに同意して和解期日に出頭したことが認められるから、被告がインフォームド・コンセントを欠如した状態で本件委任事件の処理を行ったとすることはできない」とし、弁護士の責任を否定した。

【6】 東京地判平成 16 年 7 月 9 日判時 1878 号 103 頁¹²（肯定裁判例）

〔事案〕 債務整理を受任した弁護士がなした和解という事務処理内容が不相当なものとはいえないが、依頼者は事前の説明や結果の報告がなかったことを理由に弁護士に対し損害賠償を請求した。

〔判決〕 裁判所は、まず「…債務整理を受任した弁護士は、取引履歴を開示せず将来利息を要求する貸金業者に対し、債務不存在確認の裁判を辞さないと述べ譲歩を引き出し、債権放棄の示談をすることも交渉の一方法であるとされていることが認められ、また、取引履歴を開示しなかった g と k との間で早期に債権債務を確定させて多重債務者である依頼者の経済的更生を図るため、その同意を得て過払金を請求せず、債権債務不存在確認の和解を行うことも必ずしも不相当な事件処理であるとはいえない」とし、弁護士の事務処理方法が不合理なものではないと判断した。

次に、説明義務違反の有無については、「被告は、原告を代理して、貸金業者との間で和解契約を締結するに際し、過払金の不当利得返還請求権を放

¹² 当該判決において、裁判所は「弁護士としての善管注意義務違反」という項目の下で報告義務違反の有無を判断しているが、本文の中で「善管注意義務違反」という表現が使われず、「債務不履行」として認定されていることに鑑み、筆者はこの事案を説明義務違反＝委任契約上の債務不履行として整理した。

棄する場合を除き、個々に原告の事前の了承を得ていないことは前記認定のとおりであって、被告は、すべての貸金業者との和解が成立し委任事務が終了したときにも、原告に対し直接その旨の報告をしたと認めることはできない。したがって、被告には、受任者としての委任事務処理状況の報告義務、顛末報告義務を怠った債務不履行があるものといわざるを得ない」と判示し、弁護士は債務不履行責任を認めた。

また、損害賠償の範囲について、裁判所は「原告は、被告から債務整理の結果について報告を受けていなかったため309万8000円を送金しているところ、実際に要した額は貸金業者に対する弁済に充てられた107万1045円及び被告の報酬15万7500円にすぎなかったのであるから、その差額186万9455円が原告の被った損害となる」とした。

【7】鹿児島地名瀬支判平成21年10月30日判時2059号86頁（肯定裁判例）

〔事案〕 本件は、平成25年判決と同一の弁護士が依頼者の債務整理を受任したが、途中で辞任するとき、辞任によって依頼者にもたらされる不利益を説明しなかったことについて、依頼者は損害賠償を請求したものである。

〔判決〕 裁判所は、まず、弁護士の説明義務一般について、「…弁護士が、委任の趣旨から依頼者の意思決定に当たって重要となる事項について、一般的に期待される弁護士として著しく不適切な説明しかなかったと認められる場合には、弁護士は、委任契約の付随義務として、信義則上、説明義務に違反するものとして、債務不履行責任を負うと解するのが相当である」とし、説明義務を委任契約の付随義務として判断した。

次に、辞任時の説明義務については、「…被告は、原告に辞任予告通知を送付する際はもとより、辞任通知を債権者に送付するに当たっても、事前に事件処理の状況及びその結果並びに辞任による不利益を一切原告に説明していないから、一般的に期待される弁護士としては、著しく不適切なものであって、この点において説明義務に違反するものとして、債務不履行責任を負うものといわざるを得ない」とし、弁護士の説明義務違反を認めた。

また、破産手続開始の申立ての準備をしなかった弁護士が委任事務処理義務に違反したかどうかについて、裁判所は、原告が求められた陳述書や家計簿を提出しなかったため、被告が破産手続開始の申立てに要する書面等を準備することができなかったことを認定したうえ、「被告が破産手続開始の申立ての準備をしなかったとしても、被告の責めに帰することができない事由によるものであると認められるから、原告は、債務不履行による損害の賠償を請求することができない」とし、弁護士の委任事務処理義務違反を否定した。

説明義務違反による損害額については、裁判所は2割の過失相殺を施した後144万円の「慰謝料」の支払いを弁護士に命じた。

【8】鹿児島地名瀬支判平成22年3月23日判時2075号79頁（肯定裁判例）

〔事案〕本件も、平成25年判決と同一の弁護士が債務整理を受任し、事務処理方法や回収した過払金の額および事件処理の状況などを依頼者に説明しなかったことについて、依頼者は債務不履行として損害賠償を請求したものであるが、弁護士は債務整理を行う際に、依頼者に対して時効待ち方法を採用すると明示していなかった。

〔判決〕裁判所は「債権者が被告による和解の提案を拒否した場合には、被告は残金（回収した過払金—筆者注）を債権者に支払う代わりにすべて子供（依頼者の子供—筆者注）に渡すものとしていたから、債権者が被告による和解の提案に同意しない限り、交渉を継続するどころか、支払をするつもりすらなかったものであるから、その意味で時効待ちの方法を選択したことは明らかである」とし、弁護士が実際に時効待ち方法を採用したと認定した。

次に、時効待ち方法に予測される不利益に関する説明義務違反の有無について、裁判所は「被告が選択した時効待ちの方法とは、債権者に対し、被告による和解の提案に同意するか、訴訟を提起するか、あるいは債務を時効によって消滅させるかのいずれかを求めるものであって、債権者がその提案に同意しない場合には、被告は、債権者に支払をする代わりに、残金を原告の

離婚した妻に子供の養育費として渡すなどして、原告に対し、時効期間の満了まで債権者から訴訟を提起されて給料の差押えを受けるなどのリスクを負わせたまま、委任事務を事実上終了させてしまうというものである。このような不利益は、原告による将来の経済的再生を阻害するものであって、そもそも委任の趣旨に反するといえるから、一般的に期待される弁護士としては、原告に対し、その不利益につき十分に説明しなければならないことは明らかである。／しかしながら、…被告は、原告に対し、時効待ちの方法を選択するに当たって、その不利益につき原告に一切説明しなかったものであるから、一般的に期待される弁護士として著しく不適切なものであって、この点において説明義務に違反するものとして、債務不履行責任を負う」とし、説明義務違反を理由に弁護士の債務不履行責任を認めた。

また、委任事務の経過に関する説明義務違反の有無について、裁判所は「…被告は、原告に対し、和解の内容及び返還を受けた過払金の額につき一切説明していないから、一般的に期待される弁護士として著しく不適切なものであることは明らかであって、説明義務に違反するものとして、債務不履行責任を負う」とし、弁護士の説明義務違反を認めた。

時効待ちの方法を採ることが委任事務処理義務に違反したかどうかについて、一般論として、裁判所は「…このような方法は、債務整理事件の終局的な解決を図るものではなく、依頼者に長きにわたりリスクを負わせ、その経済的再生を阻害するものといえるから、そもそも債務整理の事件処理の目的に反するものであって、委任事務を処理する義務に違反するというべきである」とし、時効待ちの方法を採るのが委任事務処理義務違反になると判断した。ただ、本事件においては、「…被告が委任事務を処理しなかったのは、被告が時効待ちの方法により債権者と和解をしないまま委任事務を事実上終了させたことによるというよりも、むしろ、被告が連絡待ちの状況により債務整理を進めることができなかったことによるものというべきである。／これらの事情によれば、被告が委任事務を処理しなかったとしても、被告の責めに帰することができない事由によるものであるから、原告は、債務不

履行による損害の賠償を請求することはできない」とし、弁護士の委任事務処理義務違反を否定した。

説明義務違反による損害額について、裁判所は2割の過失相殺を施した後160万円の「慰謝料」の支払いを弁護士に命じた。

【9】福岡高宮崎支判平成22年12月22日判時2100号50頁（否定裁判例）

〔事案〕本件は【7】事件の控訴審である。

〔判決〕控訴審裁判所は、辞任時に説明しなかったのが依頼者と連絡を取れなかったためであり、「控訴人（弁護士一筆者注、以下同）が被控訴人（依頼者一筆者注、以下同）の各債権者に辞任通知をファックス送信しようとした時点で、あらかじめ被控訴人やその関係者に電話で連絡を取ろうとせず、その結果、被控訴人が、債権者から訴訟提起されるまでそのことを知らなかったとしても、その責めはもっぱら被控訴人が負うのが相当であって、これをもって控訴人に辞任に関する説明義務違反があったとはいえない」とし、弁護士の説明義務違反を否定した。

また、破産手続開始の申立ての準備をしなかった弁護士が委任事務処理義務に違反したかどうかについて、一審と同じ理由で否定した。

【10】福岡高宮崎支判平成22年12月22日判時2100号58頁（否定裁判例）

〔事案〕本件は【8】事件の控訴審である。

〔判決〕控訴審裁判所は、時効待ち方法について判断せず、回収した過払金の額その他の事件処理の状況に関する説明義務違反の有無について、「控訴人が著しく低額での和解を成立させるなど、弁護士としての裁量を逸脱したとは認められず、かえって、控訴人は、訴え提起から相当期間内に、過払金元金及び過払利息の全額の支払を受けるとの内容の和解を成立させているのであるから、控訴人が事前に被控訴人から和解金額についての了解

を得なかったからといって、その権利の保障に欠けるとまではいえず、この点についての説明義務違反があるということもできない」とし、弁護士の説明義務違反を否定した。

また、弁護士は、委任事務の事実上の終了によって今後債権者から訴訟を提起されるリスクその他の依頼者が被る不利益を説明しなかったことについて、裁判所は「…控訴人が債権者に支払をしないまま委任事務を事実上終了させることを前提に、その場合の具体的なリスク等を説明すべき義務があったとまではいえず、また、その後は被控訴人が行方不明となり、連絡が取れない状態になったものであるから、結局のところ、この点についての説明義務違反があったということもできない」とし、弁護士の説明義務違反を否定した。

なお、弁護士が委任事務を完了させなかったことが委任事務処理義務違反になるかどうかについては、一審と同じ理由で否定した。

2 説明義務違反＝善管注意義務違反とする裁判例

弁護士の説明義務違反を善管注意義務違反としてその有無を判断する裁判例には、次のようなものがある。

【11】大阪地判平成5年9月27日判タ831号138頁（肯定裁判例）

〔事案〕依頼者からいくつかの不動産の所有権の取戻しに関する法律相談及び依頼を受けながら、一部の不動産について受任し、残りの不動産について受任を断る旨の通知をしないまま放置した弁護士に対し、依頼者が損害賠償を請求した。

〔判決〕裁判所は、弁護士と相談者との間に委任契約が成立したとした上で、一般論として「…依頼者の法律相談を受けた弁護士が、依頼者の事件依頼を受任しない場合には、速やかにその旨を依頼者に通知するとともに、他の弁護士に法律相談することを勧めたり、依頼者が自ら事件を解決するための方策を教えるなどして、依頼者が当該事件について速やかに何らかの法的措置を講じたり、解決できるようにするために助言・指導（アドバイス）

をする義務があるというべきである。そして、弁護士が右義務に違反し、その結果依頼者に不測の損害を与えた場合には、弁護士は、法律相談契約上の善管注意義務違反による債務不履行として右損害を賠償する義務を負うというべきである」と判示した。

具体的に、裁判所は「被告は、原告から本件不動産の全部について所有権の取戻しについての法律相談を受け、法的措置を講じることの依頼を受けたにもかかわらず、A番ほかの土地建物についてのみ事件の依頼を受けて訴訟を提起し、残りの不動産については本件紛争が生じるまでの間、一度も原告に対し、受任しない旨の通知をしないばかりか、本件紛争が生じるまでの約5年間、原告に対し、他の弁護士をして何らかの法的措置を講じる機会を与えないまま漫然と放置したことを推認することができる。被告のかかる態度は、原告との法律相談契約における善管注意義務に違反したものであるといわざるを得ない」とし、弁護士の善管注意義務違反を認めた。

【12】大阪地判平成11年2月15日判時1688号148頁（肯定裁判例）

〔事案〕建物の明渡しをめぐる訴訟について、委任を受けた弁護士が、和解について誤解されやすい内容の話などをしたため、建物を明け渡した依頼者は弁護士に対し損害賠償を請求した。

〔判決〕裁判所は、まず事実関係として「…被告は、原告が中華料理店に来客が多く忙しい時間帯に原告の店舗に架電し、2、3分程度の極めて短い話の中で、それに近い内容の、そのように極めて誤解されやすい内容の話を申し述べて、原告にそのような確定期限を付した明渡しの命令・指導を受けたと誤信させただけでなく、その後、依頼者である原告が更に詳細な内容を確認するべく何度も被告と連絡をとろうと努力したにもかかわらず、約9か月の間被告と連絡が取れない状態のままに放置していたものであって、原告はこれによって右のような確定的な命令・指導を受けたと誤信した結果、平成6年7月に本件建物を離れそこの営業を廃して、原告肩書地の新住所に移転し店舗を構えるに至ったことが認められる」と認定した。

そこで、弁護士の義務違反について、裁判所は「本件委任契約により弁護士として事件処理を受任した被告は、依頼者である原告から請求があった場合はもとより請求がない場合でも、時宜に応じて事件の進行状況、委任事務処理の状況を正確に誤解のないように報告して原告に理解させ、爾後の事件処理方針について原告と十分に打ち合わせるなどして、事件処理について依頼者である原告の意向が遺漏なく反映されるように努めるべき注意義務を負っているところ、被告の右行為は、本件委任契約上の右債務を誠実に履行して、委任者に損害を被らせないようにすべき善管注意義務に違反しているものといわなければならない」とし、善管注意義務違反として弁護士の損害賠償責任を認めた。

損害額については、「原告は、いずれにせよ遅かれ早かれ本件建物を収去して土地を明け渡さなければならない法律上の義務がある…転居費等の諸経費は早晚原告が負担しなければならないものであるから、原告に財産的損害が発生したとは明らかに認めがたい。しかしながら、原告が被告の債務不履行行為によって、精神的損害を被ったことは容易に認められるので、被告は原告が被った精神的損害を賠償する責任がある」とし、弁護士に100万円の「慰謝料」の支払いを命じた。

【13】大阪地判平成13年1月26日判時1751号116頁（肯定裁判例）

〔事案〕貸金債権を有する依頼者は、弁護士に借主の高度障害保険金に関する仮差押えの決定の取得と、借主が死亡した場合の当該請求権を保全するための手段をとることを依頼したにもかかわらず、借主が危篤状態にあったとき、弁護士が債権者代位権の行使について助言しなかったため、債権が回収されなかったことについて、弁護士に対し損害賠償を請求した。

〔判決〕裁判所は、「被告は、B（借主）が死亡した場合に高度障害保険金請求権を保全するための手段をとるという委任の事務処理にあたり、高度障害保険金請求権を保全するための手続について事実調査を行う義務を負っていたにもかかわらず、これを怠り、その結果、債権者代位権の行使につ

いて助言すべき義務を負っていたにもかかわらず、これを怠ったものと認められる。したがって、被告は受任者としての善管注意義務に違反したものであり、委任契約の債務不履行責任は免れないと解すべきである」とし、弁護士の善管注意義務違反を認め、依頼者が回収できなかった2500万円の損害を弁護士が賠償すべきであると判示した。

【14】東京地判平成17年3月23日判時1912号30頁（肯定裁判例）

〔事案〕交通事故に関する損害賠償請求訴訟の遂行等のための委任を受けた弁護士が活動内容などを依頼者に説明せず、主張立証活動を行わなかったことに不信感を抱いた依頼者は、委任契約を解約し、支払った着手金の返還および慰謝料を請求した。

〔判決〕裁判所は、「…被告は、本件委任の後の約1年半の間に、陳述が許されなかった準備書面2通を除き、全く準備書面を提出しておらず、また、この間に被告が裁判所に提出した書面も極めて簡単な内容に止まっており、被告が行ったと主張する事実調査や証拠収集の活動の成果がこれに反映しているとは到底考えられないこと、被告は、担当裁判官が原告に不利な心証を抱いていることを口実に、具体的な主張立証活動をほとんど行っていないこと、被告は、原告に対して、別件訴訟の進行状況について十分な説明をしなかったのみならず、原告や支援者が裁判所に出席し、期日に同席するのを阻止しようとしていたこと、被告は、原告から、平成12年3月1日、原告作成の書面を受領し、裁判所への提出を依頼されたものの、何らの理由も説明しないまま裁判所に提出しなかったため、原告の不信感を強めたことが認められる。……したがって、被告の本件委任の事務処理の内容は、原告の権利及び利益を擁護するには程遠いものであり、また、法律の専門家である弁護士として、依頼者に対する説明責任も十分に果たしていないところ、これにより、原告は、被告に対する不信感を強めて、ついには、本件委任を解約するに至ったものであり、被告の事務処理には、委任契約における善良な管理者としての注意義務に反する債務不履行があったというべきである」とし、

弁護士に、依頼者から受け取った 250 万円の着手金から 150 万円を返還すべき、さらに 50 万円の慰謝料の支払いを命じた。

【15】東京地判平成 17 年 6 月 24 日判タ 1194 号 167 頁（否定裁判例）

〔事案〕建物の収去及び土地の明渡し等を請求する訴訟の委任を受けた弁護士が、同事件を和解で終了させたが、和解内容である土地譲渡によって依頼者に多額の税金が課税されたことについて、依頼者は税理士資格をも有する弁護士に損害賠償を請求した。

〔判決〕裁判所は、まず「弁護士は、委任者に対し、善管注意義務を負担しているのであるから、委任者に対し、善管注意義務の内容として、和解を成立させる際には、当該紛争を処理するのに必要な限度で、課税問題について適切に判断し、自ら適切に判断することができない場合には税理士等に相談する等して、委任者に対し適切な判断をすることができるように情報を提供すべき義務を負担しているというべきである」とし、弁護士に情報提供義務があると判断した。

次に、「本件譲渡土地の譲渡所得の課税問題について、弁護士としては適切な判断をすることができない場合であって、税理士等の専門家に相談するなどすべきであったとしても、被告は税理士としての資格を有し、税理士登録をしているのであるから、専門家としての意見を聴取したものと評価できるのであり、その意味において、専門家に相談するなどすべき義務を履行しているということになり、被告に善管注意義務違反はない」とし、最終的に弁護士に不法行為上の過失がないとし、損害賠償責任を否定した。

【16】東京地判平成 24 年 11 月 27 日判時 2188 号 66 頁（肯定裁判例）

〔事案〕債務整理等を受任した弁護士が債務整理の方法を誤り、適切な指導助言をしなかったことを理由に、依頼者は弁護士に対し損害賠償を請求した。

〔判決〕裁判所は「…被告は、①消費者金融業者 4 社との取引について

取引歴の開示を求め、引直し計算をした上で本件債務の処理方針を示すべきであるのに、漫然とこれを怠ったまま、平成19年9月27日に初めて原告と面談した際、本件債務の額は723万円以上であって原告はその支払義務を負っているという誤った前提に基づく説明をし、このような誤った前提に基づいて、本件各土地を更地にして売却せざるを得ないという不適切な助言をした点、②…本件債務に関する客観的状況はさほど切迫していたわけではないのに、非常に厳しい状況であって本件債務を整理するためには直ちに本件各土地又はその一部を更地にして売却する必要がある旨の必要以上に危機感を強調した説明をする一方、消費者金融業者の対応に関する原告の不安感を解消するような配慮をしなかった点、③賃借人4名の立退き交渉を済ませながら、本件建物の一部取壊しというおよそ費用対効果に見合わない中途半端な処理を助言した点、④原告が本件分筆土地を可能な限り高値で売却できるよう、A以外の不動産業者にも購入希望価格を提出させるように勧めるなどの適切な指導助言をすることなく、不正常な廉価での売買契約を招いた点のそれぞれについて、弁護士委任契約上の善管注意義務違反があったというべきである」とし、原告が受けた1364万2462円の経済的損害の賠償を弁護士に命じた。

3 検討

(1) 裁判例における弁護士の善管注意義務と説明義務との関係

以上の16件の裁判例において、説明義務を善管注意義務の一種とするのではなく、単に委任契約上の債務不履行として認定するものが10件であり、説明義務違反を善管注意義務違反として認定するものが6件である。件数からみると、下級審裁判例においては、弁護士の説明義務に関し、意識的に委任契約上の善管注意義務として判断する裁判例が少ない。しかも、弁護士の説明義務を善管注意義務として判断するかどうかとは別に、16件の裁判例は全て債務不履行責任として弁護士の責任を判断している。医療訴訟の場合に不法

行為責任の認定が多いことと対照的に¹³、弁護士責任の特徴として、委任契約が判断の基礎にあるとも言えよう¹⁴。

また、説明義務を善管注意義務として判断する6件の裁判例の中、裁判例【11】【13】【15】【16】の4件は文言上「指導助言義務」や「情報提供義務」などの表現を使うものの、当事者間の委任契約の内容を具体的に分析してみると、指導助言あるいは説明の対象は、受任した事務の処理方法そのものを指していることが分かる¹⁵（説明義務違反を委任契約上の債務不履行として判断する裁判例【3】も同じ類型である）。たとえば、裁判例【13】では、依頼者の貸金債権の回収にあたって、借主が死亡した場合に高度障害保険金請求権を保全するための手段をとるという事務処理を受任した弁護士は、法的に考えられる保全手段を採るべきにもかかわらず、事実調査をせず、その結果、採るべき債権者代位権の行使について、依頼者に助言しなかったことが受任者としての善管注意義務に違反したとされた。保全手段として採るべき債権者代位権行使という方法を依頼者に提示しなかつ

¹³ 鈴木重勝「弁護士の民事責任」篠原弘志編『判例研究 取引と損害賠償—不法行為責任を中心として—』（商事法務研究会、1989年）246頁においては、依頼者に対する弁護士の責任は債務不履行責任が原則であるという。また、加藤・前掲注（2）74頁以下は、依頼者に対して、義務違反した弁護士は債務不履行責任を負うが、義務違反が不法行為の要件をも充たした場合、不法行為責任も生じるとする。確かに、理論的に不法行為責任を構成することがあるが、加藤・前掲注（2）で紹介された裁判例の多くは債務不履行責任を認定している。

¹⁴ 弁護士の民事責任を判断するときの責任構成は医療過誤訴訟の場合と異なるのは、弁護士の場合における契約当事者や契約内容が比較的明白であることがその原因であると指摘されている（下森定「専門家の民事責任の法的構成と証明」専門家責任研究会編・前掲注（1）107頁）。

¹⁵ 米村・前掲注（4）98頁以下においては、医師の説明義務に関する従来の分類方法を改め、療養方法等の指示・指導としての説明と転医勧告としての説明は患者の医療的利益保護を目的とする行為であり、説明義務として取り扱うことは理論的に不適切であるとしたうえ、義務によって保護される利益を基準に、医療過程における説明義務を、患者・家族等の医療的決定保護を目的とする情報提供義務と、その他の利益保護を目的とする情報提供義務に分けておられ、筆者もこの手法に示唆を受けた。

たこと自体が受任した事務を適切に処理しなかったことになり¹⁶、助言義務違反というより、委任事務の処理義務違反そのものであると思われる。

さらに、説明義務を善管注意義務として判断する裁判例【14】で、そもそも弁護士はきちんと事務処理を行わず、そのうえ事務処理の進行状況の説明をもせず、全体として、弁護士の「事務処理の内容は、原告の権利及び利益を擁護するには程遠いものであ」り、善管注意義務違反が認められた。従って、厳密には裁判例【14】は説明義務違反＝善管注意義務違反という判断を示したのではない。

結局、純粋に説明義務違反を受任者の善管注意義務違反として判断したのは裁判例【12】だけということになる。

以上のように、弁護士の説明義務に関する裁判例の動向からみる限り、説明義務を委任契約上の役務の提供における善管注意義務の問題として判断する傾向は見られない。学説上、弁護士の説明義務については「善管注意義務としての説明義務が中心となる」という見解¹⁷が存在し、委任契約上の善管注意義務をどのように理解するか（これに関しては、後述）とも関係する問題ではあるが、少なくとも裁判例は、必ずしも同じ立場を取ってはいないようである。

（2）裁判例における弁護士の説明義務の内容

説明が事務の処理方針や方法そのものである5件裁判例を除いて、残りの説明義務を問題とする11件裁判例において、弁護士の説明義務の内容は二つに分類できるように思われる。

¹⁶ 加藤・前掲注（2）154頁において、弁護士の執務義務の一つとして、具体的措置を選択するにあたって、「弁護士としては、『問題解決にふさわしい措置を選択すべき義務』がある」と指摘する。

¹⁷ 加藤新太郎「弁護士の責任」山田＝加藤（雅）編・前掲注（1）349頁以下では、弁護士の説明義務を善管注意義務としての説明義務と忠実義務としての説明義務に分けたうえで、善管注意義務としての説明義務が中心となると述べる。また、同・『コモン・ベーシック弁護士論理』（有斐閣、2006年）220頁以下も同旨。

一つは、弁護士の事務処理方針や方法に「依頼者の意思を反映させるための説明義務」である。裁判例【1】【4】【5】【6】【7】【8】【9】【10】【12】の9件がこの類型に属する¹⁸。たとえば、裁判例【8】において、裁判所は、「弁護士が、過払金の返還を受けた場合には、その過払金の額は、和解の内容と同様に、事件処理の方法又は依頼者の生活再建に直接影響を及ぼすものであるから、委任の趣旨からもとより依頼者の意思決定に当たって重要となる事項である」と判断したうえで、説明しなかった弁護士の債務不履行責任を認めた。

今一つは、弁護士の事務処理状況および結果を依頼者に知らせる「経過ないし期末報告義務としての説明義務」である。裁判例【14】は事務処理の進行状況に関する説明義務を問題とするものであり、裁判例【2】は処理結果の理由に関する説明義務を扱うものである。これらの説明は、依頼者が事務処理の状況をコントロールすることおよび結果を把握することに資するものである。

このように、弁護士の説明義務の内容に関しては、これを民法645条に定められる「受任者の報告義務」として扱う裁判例がある一方、多くの裁判例は、事務の処理方針・処理方法に依頼者の意思を反映させるために必要な作業としての説明義務を問題としている。

(3) 善管注意義務違反の判断と説明義務違反の判断との関係

弁護士の事務処理方針や方法の適否の判断が善管注意義務違反の有無に関する判断であるという理解が許されることを前提に、弁護士の説明義務違反の有無を判断する際に、当該善管注意義務違反の

¹⁸ もっとも、裁判例【7】においては、一般論として、裁判所は「弁護士が、委任の趣旨から依頼者の意思決定に当たって重要となる事項について、一般的に期待される弁護士として著しく不適切な説明しかなかったと認められる場合には、弁護士は、委任契約の付随義務として、信義則上、説明義務に違反する」としたが、事件における具体的な判断としては、弁護士が辞任するとき、それによって依頼者にもたらす不利益に関する説明を問題とした。

判断との関係に着目して、その動向を分析したところ、次のようなことが明らかとなった。すなわち、裁判例【1】【4】【5】【6】【12】の5件では、和解内容そのものが必ずしも不合理でなく、契約の趣旨に照らして善管注意義務違反とはいえないことを前提に、和解に至るまで依頼者への説明のあり方を問題にしている。また、裁判例【2】【7】【9】【10】【14】の5件は、善管注意義務と説明義務の内容について異なる事項を対象に、それぞれの違反の有無を判断している。裁判例【8】だけが、「時効待ち」という債務処理方法につき説明義務違反を認定したあと、当該方法を採用することが善管注意義務にも違反するかどうかの判断を行っている。

さらに、裁判例【1】【2】【4】【5】【6】【12】【14】の7件では、まず善管注意義務の違反の有無を判断した後に、説明義務違反の判断に移っている。中でも、裁判例【1】【2】【4】【5】【6】【12】の6件は、事務処理の方法が義務違反になっていないことを前提に説明義務違反の有無を判断し、裁判例【14】は同時に善管注意義務違反と説明義務違反に関する判断を行ったが、それぞれの判断対象が異なっている。同一被告を扱う裁判例【7】【9】【10】の3件は、先に説明義務違反の有無を判断した後に善管注意義務違反の有無を問うている。

このように、説明の対象は事務処理義務の内容そのものであるとする5件の裁判例を除くと、多くの裁判例において、善管注意義務違反に関する判断と、説明義務違反に関する判断はそれぞれ異なる内容を対象としており、しかも、先に善管注意義務違反の有無を認定したあと、事務の処理方針・処理方法に関する説明の当否にかかる問題を判断する傾向にある。

以上、弁護士の説明義務をめぐる裁判例において、弁護士の説明義務と善管注意義務との関係や説明義務の内容、善管注意義務違反に関する判断と説明義務違反に関する判断との差異に関して分析・検討した。以下では、委任契約における善管注意義務に関する理解

を整理したうえで、理論上、弁護士と善管注意義務と説明義務との関係をどのように考えるべきかを検討したい。

四 委任契約上の善管注意義務に関する理解

1 弁護士と依頼者との法律関係

弁護士は、基本的に依頼者からの依頼を受け、当該依頼者のために一定の事務処理を行う。このような弁護士と依頼者との法律関係は、一般的に委任ないし準委任契約関係と解され、これが通説となっている¹⁹。これに対し、書類作成自体が目的である場合は請負との混合契約となり、社内弁護士の場合は雇用との混合契約となるという主張²⁰や、弁護士の業務は請負的側面から委任的側面までさまざまなものがあるという見解²¹も見られる²²。

確かに、依頼された具体的業務からすると、書類作成のみの場合は請負的側面があり、社内弁護士の場合は雇用的側面がある。しかし、どちらの場合においても、委任的要素が含まれていることは明らかである。また、日本民法典においては、法律行為の委託が委任であり、事実行為の委託が準委任であるという区別が存在しているものの、「委任の本質は、委託の目的たる事項が法律行為である点に存するのではなく、一定の事務を処理することである点に存するのだから、委任の法律的性質としては、法律行為の委託を本来の委任、法律行為でない事務の委託をこれに準ずる委任（準委任）と区別す

¹⁹ 加藤・前掲注（2）347頁、小林秀之「弁護士の専門家責任」専門家責任研究会編・前掲注（1）77頁などを参照。

²⁰ 小林・前掲注（19）77頁。

²¹ 岡考「弁護士の責任—序論的考察・請負契約法上の問題点について」川井編・前掲注（1）208頁。

²² 弁護士と依頼者の関係を契約関係とする理解に疑問を提示し、契約関係ではなく、法律専門家としての責任を基礎として、信認モデルに基づいて考えるべきであるという見解もある（樋口範雄「依頼者と弁護士」小島武司ほか編『テキストブック現代の法曹倫理』（法律文化社、2007年）48頁以下）。

ることなく、事務の処理を委託する契約と考えるのが正しい」²³とする通説の指摘のように、委任の本質は事務処理の委託であり、委託内容によって委任と準委任を分ける実益が乏しい²⁴²⁵。したがって、本稿では、弁護士業務の多様性に考慮しつつ、基本的に弁護士と依頼者との関係を「委任」と捉えたうえで、委任契約に基づき弁護士の義務を考察する。

2 委任契約上の善管注意義務に関する理解

(1) 善管注意義務は「注意義務」か「行為義務」か

「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う」と規定する民法 644 条については、一般的にこれが受任者の善管注意義務を定めており、この善管注意義務が高度の注意義務を受任者に要求するものと説明される²⁶。

ここでいう「善管注意義務」は一定の注意を払う義務という注意義務を意味するのか、それとも受任者の具体的な行為義務を指すかについては、道垣内教授が早くから疑問を提示されていた²⁷。民、商法上善管注意義務を定める各条文を対象に緻密に論証された結果、

²³ 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義Ⅴ3）』（岩波書店、1969年）655頁。同様な見解を有するのが来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）502頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論』[第3版]（東京大学出版会、2011年）289頁などある。

²⁴ 鈴木禄弥『債権法講義』[四訂版]（創文社、2001年）666～667頁、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、2005年）709頁などが同趣旨を述べている。

²⁵ 委任と準委任と区別する必要がない見解に対し、「法律行為でない事務の委託のうちの事実行為の委託は、委任の規定の一部だけが準用されるだけであり、法律行為の委託（委任）とは異質のものであり、事実行為の委託と法律行為の委託とは、当然のことであるが、明確に区別をしなければならないものである」という主張も存在する（柳勝司「準委任契約の法的性質」名城法学 60 巻別冊 254 頁（2010年））。

²⁶ 来栖・前掲注（23）521頁、石田穰『民法Ⅴ（契約法）』（青林書院、1982年）347頁、川井健『民法概論4 債権各論』（有斐閣、2006年）302～303頁、近江幸治『民法講義Ⅴ 契約法』[第3版]（成文堂、2006年）261頁、内田・前掲注（23）291頁、山本・前掲注（24）711～715頁など、参照。

²⁷ 道垣内弘人「善管注意義務をめぐって」法教 305 号 37 頁以下（2006年）。

道垣内教授は「善管注意義務の具体的内容が行為義務として記述されることになるのは、むしろ当然であることになる。『善良な管理者の注意』は、たとえば、委任事務処理義務として受任者が負う行為義務の具体的内容を確定するための基準となるものであるから、行為義務と切り離された注意義務ではありえない」²⁸とされた。いわゆる善管注意義務は、行為義務の履行のありようを指し、「善良な管理者の注意」は行為義務内容の確定基準にほかならないというわけである。潮見教授も委任契約上の善管注意義務についてはこれが委任事務処理義務であるとして、同様の見解を示されている²⁹。

伝統的理解のように注意義務として善管注意義務を捉える場合、受任者の行為義務の内容を具体化することに着目するのではなく、実際に行われた行為が受任者として為すべき行為であるかどうかを判断するにあたり「善良な管理者の注意」を尽くしていたかが問われる。この場合の善管注意義務は受任者の債務内容になるものではなく、債務不履行責任が生じるかどうかを判断する基準となり、この意味で善管注意義務違反がかつての用語法でいうところの「帰責事由」にあたるといえようか。

これに対し、委任事務処理の行為義務として善管注意義務を捉える場合、受任者の行為義務内容を確定するにあたり、「善良な管理者の注意」を基準に、受任者の為すべき行為態様が具体化される。この場合、たとえ同じ「善管注意義務」という用語を用いても、それは履行にあたって受任者が払うべき注意の「水準」を指すのではなく、受任者が善良な管理者としての注意を尽くして行うべき具体的行為態様そのものを意味する。したがって、ここでいう「善管注意義務」は受任者の債務を構成し、債務内容たる具体的行為義務を形成するにあたり、「善良な管理者の注意」が読み込まれている。

²⁸ 道垣内・前掲注（27）39頁。

²⁹ 潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ』[第2版]（新世社、2009年）246頁を参照。

つまり、前者の立場では、受任者の委任事務処理義務の外に「善良な管理の注意」いわゆる善管注意義務を置くのに対し、後者の立場では、受任者の委任事務処理義務の中に「善良な管理者の注意」が組み込まれている。いずれの立場でも、「善良な管理者の注意」が債務不履行責任の有無に関する判断にとって重要な要素であることに間違いはないが、本稿では、民法 644 条の「善管注意義務」を行為義務として理解することから論を進めたい。

民法 644 条を素直に読むと、これが受任者の委任事務処理義務を定めるものであることが明らかであり³⁰、当該条文に規定される義務を従来通りに善管注意義務と呼ぶ場合、やはりここでの「善管注意義務」は単なる注意義務ではなく、受任者の委任事務処理債務を内容という行為義務を意味する³¹。とくに、委任契約において、受任者が負う債務は一般的に手段債務³²であって、結果の実現の保証ではなく、結果の実現に向かって為すべきことを行うという行為義務が受任者の債務内容となり、受任者の債務不履行責任を認定するとき、受任者の債務不履行、すなわち行為義務違反という事実帰責事由として問題される受任者の注意に関する判断も含まれるため、わざわざ受任者の注意義務違反（＝帰責事由）を判断する実質的な意味がない³³。手段債務のかかる性質に鑑みても、民法 644 条は注意義務

³⁰ 我妻博士も受任者の事務処理の義務として民法 644 条を説明し、しかもこれが受任者の義務の中核であると指摘する（同・前掲注（23）670 頁）。また、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、1986 年）282 頁においても民法 644 条を受任者の「事務処理の義務」として説明されている。

³¹ 中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ』（有斐閣、1963 年）269 頁においては、「民法 644 条が特に善管注意義務を明定したのは、無償委任の場合にも注意義務が軽減されないことまたは有体物に関する民法 400 条の善管注意義務を委任に適用し難いこととだけにあるのではなく、この場合は善管注意義務に一種の債務性を与えたものと解することができる」と指摘する。

³² 手段債務と結果債務との区別については、詳しく森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002 年）46 頁以下、参照。

³³ 森田・前掲注（32）50 頁は、「手段債務については、債務者の不履行の事実と

務ではなく、委任事務処理義務という行為義務を定めていると理解するのが妥当であると思われる。

かかる委任事務処理義務の具体的内容は、委任の本旨に従い、善意の管理者として合理的に要請される行為態様によって構成される。しかも、たとえ、善管注意義務違反を不法行為上の「過失」として判断する場合でも、不法行為責任の要件である過失は、現在、客観的な行為義務違反として確立された³⁴以上、不法行為責任構成においても善管注意義務違反が行為義務違反のことを意味する。実際、医療過誤事件を扱う判例でも、医師側の注意義務違反を問題にしているように見える場合も、その内容は適切な医療行為を行うという行為義務違反の有無を判断している³⁵。また、三で紹介した弁護士の責任に関する裁判例は善管注意義務違反という言葉を使いながら、判断内容は適切に委任事務を処理すべき義務の違反の有無であり、実務上、善管注意義務という用語を使いながら、その内容は弁護士や医師の為すべき行為義務そのものを問題としているのである。

そうすると、民法 644 条に定められるのは、委任の本旨に従って適切に委任事務を処理する義務であり、当該義務そのものを善管注意義務と呼ぶのは不正確であるということになる³⁶が、従来の慣用を

その『帰責事由』の判断とが実務上同一に帰し、『帰責事由』が独自の意味を有していない」と指摘する。

³⁴ 平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂、2004年）26頁以下、窪田充見『不法行為法』（有斐閣、2007年）45頁以下、吉村良一『不法行為法』[第4版]（有斐閣、2010年）70頁以下、内田・前掲注（23）339頁以下など、参照。

³⁵ 最判昭和60年3月26日民集39巻2号124頁、最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁、最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁などが「注意義務」の言葉を使っていたが、その内容は転移義務や治療法の実施義務などの行為義務なのである。

³⁶ 道垣内教授は「委任についていえば、これまで『善管注意義務』といわれてきたのは、『善良な管理者の注意』という基準によって具体的に定まった委任事務処理義務の内容に、委任者が違反している場合のことなのであり、そうであるなら、『委任事務処理義務違反』というのが正確である」と指摘する（同・前掲注（27）40頁）。

考慮し、本稿では、「善管注意義務」という用語を利用するものの、その意味内容は委任事務処理義務という行為義務を指し、「善管注意義務」は、適切な履行であるかどうかを判断するための基準(内容確定基準)を意味するものであり、以下では行為義務たる善管注意義務として利用する場合にも「善管注意義務」と称する。

(2)「善管注意義務」と忠実義務・信認義務

弁護士や医師は受任者でありながら、専門家として、委任契約上の「善管注意義務」のほか、忠実義務や信認義務などをも負うべきかどうかとも問題とされることがある。一般論として、善管注意義務と忠実義務や信認義務とは異なる性質のものであることを前提に、専門家に忠実義務や信認義務を課すべきとする見解³⁷と、善管注意義務に忠実義務などを含めるので、義務二分論を展開する必要がないとする見解³⁸の対立が存在する。また、善管注意義務から忠実義務や信認義務を導くことが可能であるとして、それは直ちに、すべての委任契約について信認義務を認めるべきことを意味するのではなく、委任者の受任者に対する信頼の程度が低い場合は信認義務が含まれないという指摘もある³⁹。さらに、受任者の忠実義務は善管注意義務とは性質の異なるものとして理解すべきと指摘しながら、忠実義務は委任契約において本来的に予定されている義務であり、『受任者

³⁷ 能見善久「専門家の責任—その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編・前掲注(1)6頁以下では、専門家の責任を「高度注意義務」と「忠実義務」の2種類に分けて論じる。また、「〈座談会〉『専門家の責任』法理の課題」法時67巻2号48頁[森島昭夫発言](1995年)も同趣旨である。

³⁸ 潮見・前掲注(29)248頁では、「民法644条の起草趣旨を踏まえれば、忠実義務とされる義務は、同条に言う善管注意義務に含めることができます」と述べる。また、「〈座談会〉『専門家の責任』法理の課題」法時67巻2号46頁[下森定発言]、52～53頁[潮見佳男発言]など、参照。

³⁹ 大村敦志「現代における委任契約—『契約と制度』をめぐる断章—」中田裕康＝道垣内弘人編『金融取引と民法法理』(有斐閣、2000年)102～123頁、同・『新しい日本の民法学へ』(東京大学出版会、2009年)77頁以下など、参照。

ハ委任ノ本旨ニ従ヒ』『委任事務ヲ処理スル義務ヲ負フ』と定めている民法 644 条によって、根拠づけることができるものである」と主張する見解も存在する⁴⁰。

弁護士の場合については、「善管注意義務」のほか、弁護士法 1 条 2 項に定められる「誠実義務」を法的義務として観念すべきかについては、誠実義務によって善管注意義務が加重されるとする見解⁴¹と、誠実義務が善管注意義務の中に含まれるから誠実義務を問題にする必要がないとする見解⁴²との対立がある。

「善管注意義務」に忠実義務や信認義務などを含めうるか否かについては、民・商法の領域で古くから賛否両論がある⁴³。ただ、従来の議論は、一般的に注意義務として善管注意義務を捉えた上で、忠実義務や信認義務との関係を論じているように見受けられる。しかし、前述のように、民法 644 条に定める「善管注意義務」は委任事務処理義務という行為義務であると理解する場合、同じ行為義務である忠実義務・信認義務との関係は曖昧なものとなる。各義務には、契約関係に依拠するか当事者間の特別な関係性に由来するかという法体系上の違いが存在するものの、それぞれの義務が当事者間の信頼関係を基礎としていることは明らかであろう。日本法において、

⁴⁰ 当該見解を主張する岩藤教授によれば、善管注意義務とは委任者が委任事務処理にあたって「善良な管理者の注意」を用いるべきであることを規律内容とする義務であり、忠実義務とは委任者の利益と自己または第三者の利益が相反する立場に身を置いてはならないことを規律内容とする義務であり、前者が注意義務の程度に関するものであり、後者が義務内容の問題であって、両者は同一の条文(民法 644 条)を根拠とすることができるという(岩藤美智子「委任契約における受任者の忠実義務」私法 64 号 152 頁以下、特に 158 頁(2002 年)、同「ドイツにおける事務処理者の誠実義務：日本法における委任契約の受任者の忠実義務を考察するための基礎的作業として」神戸法学雑誌 48 巻 3 号 609 頁以下(1998 年)など、参照)。

⁴¹ 加藤・前掲注(2) 9 頁以下、345 頁以下。

⁴² 鈴木・前掲注(13) 253 頁以下、小林・前掲注(2) 36～37 頁。

⁴³ 大村・前掲注(39) 101 頁、神田秀樹『会社法』[第 18 版](弘文堂、2014 年) 221～223 頁、江頭憲治郎『株式会社法』[第 5 版](有斐閣、2014 年) 427～431 頁など、参照。

当事者間の合意がなくとも、委任者が受任者の専門知識や能力等を信頼して、自らの事務の処理を依頼し、受任者が委任の趣旨に従い、委任者の利益を図るために自己の裁量で事務を処理するという委任契約の性質から、「善管注意義務」には、受任者が委任者の信頼に応えて、委任者の利益のために忠実に、誠心誠意に委任事務を処理し、委任の本旨に反する行動をしてはならないという義務内容が含まれている⁴⁴。確かに忠実義務や信認義務の守備範囲をどのように確定すべきかは問題であるが、委任者と利益相反行為をしてはいけない、委任者の利益を最優先するという意味合いで忠実義務や信認義務を捉えることが許されるならば、日本法においては、受任者の「善管注意義務」に忠実義務や信認義務を読み込むことは充分可能であるように思われる⁴⁵。従って、本稿では、弁護士の義務に関しては、「善管注意義務」を中心に考えたい。

五 弁護士の「善管注意義務」と説明義務との関係

1 弁護士の「善管注意義務」の内容

委任事務の内容が極めて多様であり、民法 644 条に定められる「善管注意義務」が委任事務処理義務という行為義務であるとしても、白地規範であるこの条文から直ちに受任者の行為義務の具体的な内容を明らかにすることはできない。そこで、次なる問題は、行為義務としての「善管注意義務」の内容をどのように確定するかである。

弁護士業務の進展状況に対応する形で弁護士の「善管注意義務」の内容を把握する見解によれば、弁護士は依頼者に対して、具体的に①事情聴取、資料収集ないし事実調査義務、②依頼者の抱える問題を法的に吟味・検討する義務、③自らの専門的知見に照らし、問題解決にふさわしい措置を選択すべき義務、④決定した措置を依頼

⁴⁴ 広中＝幾代・前掲注（6）224～225 頁を参照。

⁴⁵ 大村・前掲注（39）102 頁を参照。

者に説明する義務、⑤依頼者と連絡をとりながら、職務を遂行する義務、⑥委任事務を終了する義務という 6 つの義務を負うとされている⁴⁶。

弁護士の業務執行過程に即してみれば、それぞれの段階で行うべき行為義務が発生するが、様々な内容の義務が存在する中で、すべての義務が同質のものではない。弁護士にとっては、③の「問題解決にふさわしい措置を選択すべき義務」が中心的義務になるように思われる。なぜなら、①②の義務は③の「問題解決にふさわしい措置を選択」できるための前提行為であり、④⑤⑥の義務は③で決めた「問題解決にふさわしい措置」を実行に移し、終了させるためのものであり、性質上これらの義務は、③の義務の実現に資するものであるからである。しかも、ここで弁護士の説明義務の対象は選択された合理的措置そのものである。従って、弁護士が選択した事務処理方針・処理方法が委任の趣旨や事務の性質に照らして合理的であるかどうかが最重要の問題となろう。

医療の場合、判例の蓄積により行われた医療行為が適切かどうかについて、一般に「医療水準」をもって判断される⁴⁷が、弁護士の場合は、弁護士の職務の性質からも、「医療水準」のような客観的基準を立てることは難しく、基本的に平均的な弁護士の知見・技能・経験などを基準に判断されざるをえない⁴⁸。すなわち、弁護士は、平均的弁護士の注意をもって、具体的な事務処理方針・処理方法を選択すべきであり、平均的弁護士の基準から事務処理方針・処理方法が合理的ではないと判断される場合は、「善管注意義務」違反になるといえる。

⁴⁶ 加藤・前掲注(2) 149～160 頁を参照。

⁴⁷ 最判昭和 57 年 3 月 30 日判時 1039 号 66 頁、最判平成 7 年 6 月 9 日民集 49 巻 6 号 1499 頁。また、手嶋豊『医事法入門』[第 3 版] (有斐閣、2011 年) 187 頁以下、米村滋人「医事法講義[第 9 回]法セ 695 号 96 頁以下 (2012 年) など、参照。

⁴⁸ 加藤・前掲注(2) 153～154 頁。

2 弁護士の説明義務

弁護士が法律の専門家として、依頼者に対して一定の事項に関する説明義務を負うことに異論は見られない。時間軸からみると、契約締結準備段階での説明義務、履行段階での説明義務、履行後の顛末報告義務に分けることができ、しかも、当事者関係の推移とともに、それぞれの段階での説明義務の内容や程度が異なってくる。また、依頼者の自己決定や選択権の確保の観点からは、弁護士の説明義務への捉え方も変わってくる。以下では、まず、時間軸から弁護士の説明義務の内容を見た上で、依頼者の自己決定との関係から弁護士の説明義務を検討する。

(1) 時間軸からみる弁護士の説明義務の内容

A 受任時の説明義務—契約締結準備段階での説明

専門家である弁護士と素人の依頼者との間には、法的知識や経験などにおいて構造的格差が存在する⁴⁹。従って、通常、弁護士は受任時に、依頼者が抱えている具体的問題に関し、一般的に法的見地から考えられる問題や解決方法の説明、問題解決に要する時間やコスト、依頼者自らが行うべき事務等の負担内容などを、依頼者に説明する。このような受任時における弁護士の説明義務が、インフォームド・コンセントを得るためのものとする見解もある⁵⁰。これは基本的に契約締結に向けて、情報を有する当事者は情報入手困難の他方の当事者に対して、契約を締結するかどうかとの判断にとって重要な情報を提供すべき義務であり⁵¹、法律の専門家である弁護士は、委任をうけると、自己と委任契約を締結するかどうかを正しく判断

⁴⁹ 河上正二『『専門家の責任』と契約理論』法時 67 巻 2 号 9 頁（1995 年）では、「『専門家』とそうでないものの間での契約関係に顕著に認められる特質が、情報（とりわけ専門的情報）の格差・偏在であることには、おそらく異論があるまい」とされる。

⁵⁰ 加藤・前掲注（7）金判 1427 号 9 頁。

⁵¹ 河上・前掲注（49）9 頁以下を参照。

するように、依頼者に対して、必要な事項に関して正確に説明しなければならない。この段階での説明義務では、依頼者の契約締結の判断にとって重要なことを説明するものであり、事務処理の方針などが説明対象となるが、具体的な処理措置までは説明する必要はない（具体的な処理措置がまだ形成されていない場合もある）。また、受任時の説明義務は、依頼者の包括的同意を求めるものであるから、基本的に受任後に問われる委任事務処理義務たる「善管注意義務」の中に直ちに組み込まれるものではなく、委任契約上の「善管注意義務」との関係が直ちには問題にはならない(契約責任の時間的拡張はありえよう)ように思われる。

B 受任後の説明義務—履行段階での説明

受任後に、専門家たる弁護士が自己の専門知識や技能などを利用して委任事務を処理するにあたり、一定の裁量権を有することには異論がない⁵²。その意味で、弁護士は自らの活動のすべてを依頼者に逐一説明し、理解を取り付ける必要はない。しかし、他方で、依頼者は、専門知識を欠くがゆえに、自己に関する法律関係の処理を弁護士に委ねてはいるものの、最終的にどのように処理するかを決定する権利があることが忘れられてはならない⁵³。弁護士により最終的に選択された委任事務の処理方法に、依頼者の意思が反映される必要がある。そのため、弁護士は依頼者に対し、自ら合理的根拠を持って選択した事務の処理方法の方針・内容・意義などを説明すべきであるし、複数の処理方法が存在する場合は、それぞれのメリットとデメリットおよび事務処理の進行状況等を説明して判断を仰がな

⁵² 加藤・前掲注(2) 154頁、能見・前掲注(36) 7頁など、参照。

⁵³ 河上教授は「他人の業務に依存する場合、顧客は多かれ少なかれ自己の身体や財産についての管理・処分を部分的に『専門家』に委ねることを余儀なくされるが、なお最後の決定権は顧客自身にあることには充分留意する必要がある」と指摘する(同・前掲注(49) 8頁)。

なければならない。河上教授が指摘されるように、『専門家』は、(公権力に基づいてではなく)あくまで顧客の自己決定・自己実現を支援するために依頼を受けて契約関係に入るのであり、結果として、他人の利益に介入する。従って、『託された者』は、本人の利益に最も合致するよう行動する義務を負い、本人に対し、利害に関わる事項についての報告義務や承諾を求める義務を負うことになる。この点は、当事者意思から基礎づけられており、公益の執行者としての責務によるものではない⁵⁴。つまり、履行段階での弁護士の説明義務は、専門家契約の性質上当然発生するものであり、依頼者の自己決定を保障する目的を有する⁵⁵と同時に、弁護士の裁量権の行使を制限する役割も果たしていると考えられる⁵⁶。

この段階での説明義務は、弁護士の事務処理方法そのものを対象とし、依頼者の具体的同意を求めるものであるため、委任事務の処理方針・処理方法の合理性を判断する「善管注意義務」との関係をどのように考えるべきかが問題となる。

C 顛末報告義務—履行後の説明

民法 645 条によると、弁護士が委任事務を処理したあと、遅滞なく処理の結果とその顛末等に関しても依頼者に報告する義務を負う。委任事務が依頼者の利益に関わるものであり、本人としては処理の結果を知る権利を有するのが言うまでもない。この段階での報告義務は、依頼者の確認的同意を求めるものであり、速やかに処理の結果などを依頼者に知らせることが重要であり、たとえ委任事務を適切に処理したとしても、顛末報告が懈怠したことによって、依頼者

⁵⁴ 河上・前掲注(49)8頁。

⁵⁵ 手嶋豊「アメリカにおける弁護士の依頼人に対する民事責任の展開—弁護士過誤訴訟を中心に—」判タ613号29頁(1986年)、加藤・前掲注(2)155～156頁など、参照。

⁵⁶ 能見・前掲注(37)9頁。

に不利益を与えた場合、当然、弁護士は債務不履行責任を負わなければならない⁵⁷。もっとも、顛末報告義務は、委任事務処理の一環ではあるものの、基本的に適切に委任事務を処理したあとの報告の問題であり、依頼者による事後チェックに資するに過ぎず、その意味で委任事務の処理方法の合理性を判断する「善管注意義務」との関係を直接に問題にすることが困難かもしれない。

以上のように、受任時、受任後及び履行後のそれぞれの段階において、弁護士が負う説明義務（情報提供義務）の内容が異なり、それぞれの役割も異なる。中でも、委任事務の処理方針・処理方法の合理性を判断する「善管注意義務」との関係が最も問題となりうるのは受任後の説明義務である。

（2）依頼者の自己決定確保の視点からみる弁護士の説明義務

契約の一方当事者に説明義務を課すのは、基本的に情報・知識・交渉力等を欠く他方当事者の自己決定の環境を整備するためであるといわれる⁵⁸。弁護士の場合もその例外ではなく、依頼者の意思を委任事務処理方法に反映させ、依頼者の自己決定を保障するために、弁護士は自ら選択した委任事務処理方針・処理方法に関し、依頼者に説明すべき義務を負う。また、専門家であるがゆえに、弁護士に求められる説明義務は依頼者本人の自己決定との関係が変わってくるが、説明を尽くした後で得られた依頼者の同意によって、債務としての適法性が獲得される場合もあろう。

第 1 に、裁量権の範囲内での職務執行事項に関しては、基本的に

⁵⁷ 広中＝幾代・前掲注（6）239 頁[明石三郎]、我妻・前掲注（23）677 頁など、参照。

⁵⁸ 小粥太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論—ワラント投資の勧誘を素材として（上）（下）」ジュリ 1087 号 118 頁以下、ジュリ 1088 号 91 頁以下（1996 年）、同『説明義務違反による損害賠償』に関する 2、3 の覚書」自正 47 卷 10 号 38 頁以下（1996 年）、潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判タ 1178 号 9 頁以下（2005 年）など、参照。

依頼者に説明しなくても、弁護士が自分の判断で遂行することが認められる。弁護士は一定の裁量権を有し、その範囲は基本的に契約当初依頼者から与えられた権限及び委任事務の性質や目的などによって定まる。たとえば、事実調査、証拠収集のほか、訴訟追行において提出すべき証拠の取捨選択、攻撃防御方法、証人の数や順序など職務執行事項は、一般的に弁護士の裁量権の範囲にあり⁵⁹、依頼者に説明しその同意を得る必要はあるまい。なぜなら、基本的に事前に依頼者の同意が推定され、説明がなくても、依頼者の自己決定が害されることにもならないからである。もちろん、裁量権行使としてのこれらの職務執行は「善管注意義務」を尽くして行われたものである必要があり、もし職務執行内容が平均的弁護士の行うべきものと比べて不適切と判断される場合は、「善管注意義務」違反が問われる。

第2に、依頼者本人が望んでも専門家の知見からみるとその処理方法が不当であると判断される場合、弁護士は依頼者の意思に従ってはならない場合もあろう。確かに、弁護士はあくまで依頼を受けて依頼者の利益のために職務を執行しなければならない立場にあり、依頼者の指示や指図があるときはそれに従うべきではある。しかし、依頼者の指示や指図が本人の不利益になり、あるいは法令違反や公序良俗に反する恐れがあるなど、その指示や指図が不当である場合、弁護士がそれを指摘し勧告を行い、指図の変更を求める義務があり⁶⁰、また、依頼者が聞き入れない場合にはその求めに応じない義務⁶¹、あるいは離脱義務⁶²が課され、依頼者の指示に従わなくても弁護士の責

⁵⁹ 斎藤秀夫＝桜田勝義「弁護士の職務執行に伴う私法上の責任—アメリカにおける Malpractice の法理—」中村宗雄先生古稀祝賀記念論文集刊行会編『民事訴訟の法理』（敬文堂、1965年）729頁、加藤・前掲注（2）155頁など、参照。

⁶⁰ 我妻・前掲注（23）671頁、広中＝幾代・前掲注（6）230頁など、参照。

⁶¹ 横山美夏「説明義務と専門性」判タ 1178号 25頁（2005年）。

⁶² 山本・前掲注（24）715頁。

任は問われない。この場合、説明義務の問題というより、専門家としての責務・職業倫理が問題とされ、その反射として、依頼者本人の意思の尊重という私的自治の理念が後退する。依頼者の自己決定に反しても、弁護士の責任は問われない。逆に、依頼者の指示・指図が不当であることを知りつつ指示の変更などを求めなかった場合には、法律専門家として「善管注意義務」に違反することになる。平均的弁護士の知識・能力などによれば知るべきであるのに、当該弁護士が知らなかったため指摘・勧告などができなかった場合も、同様に、「善管注意義務」違反が問われ得る⁶³。ここでは、説明義務違反より委任事務の処理たる「善管注意義務」違反の問題となる。最後は、依頼者が弁護士の指摘を受けた後でも自らの意見に固執する場合、弁護士が直ちに辞任するのではなく、セカンド・オピニオンを受ける機会を提供し、他の弁護士の意見を聞く機会を依頼者に与えるようにすべきであろう。

第3に、依頼者本人にとって最適な選択ではないものであっても、本人自らそれを望むのであれば、弁護士は十分な説明をした上で、それに従うことが許される場合もある。医療の場合、生命・身体の利益を保護するという一致した価値観が存在するのに対し、弁護士に対する依頼の場合には、依頼者の財産・身分に関する法律関係については、千差万別の処理の方法があり、その選択に幅がある一方、相手がある問題でもあり、一様の価値判断が得られない可能性が高い⁶⁴。それゆえ、委任事務処理にあたって、複数の方法がある場合、一見して依頼者にとってリスクが高く最適に見えない処理や措置であっても、依頼者が今後自らの生活や人間関係などを考慮してそれが望ましいと判断することがあり得ることも否めない。委任事務があくまで依頼者の生活上の利害に関わるものであるとすれば、最終

⁶³ 山本・前掲注（24）715頁。

⁶⁴ 手嶋・前掲注（55）28～29頁を参照。

的にどのように処理するかは、できるだけ依頼者本人が決めるべきであり、かかる依頼者の自己決定を支援するため、弁護士は自らの専門知識や経験、技能などを提供する立場にあることを忘れてはなるまい。ここでは、弁護士が複数の処理方法それぞれのメリットやデメリットなどを依頼者に説明し、理解させた後、依頼者本人が最適ではないように見える処理方法を選択した場合は、弁護士の責任が問われないように思われる。なぜなら、この場合、弁護士の説明と依頼者の同意の相互作用によって、依頼者が選んだ最適ではない処理方法が債務内容になり、債務としての適法性が獲得され、それを執行することが債務不履行にはならないからである。つまり、依頼者本人の意思が最大限に尊重されるべき場合においては、弁護士が依頼者の自己決定を保障するために説明義務を尽くせば足り、自らの役割を果たしたことになるだろう。しかし、その前提として、弁護士が依頼者に提示する複数の処理方法は「善管注意義務」を尽くして選定されたものでなければならない。いわば、どちらの処理方法でも委任の趣旨および事務の性質に照らして合理的なものであることが必要不可欠の前提なのである。合理的根拠を有しない処理方法を依頼者に提示した場合には、いくら説明が尽くされ、依頼者の同意が得られたからといっても、専門家としての「善管注意義務」違反の責任は免れないのではあるまいか。

以上のように、裁量権の範囲の中で職務執行する場合は、事前の同意が得られたため、説明義務違反の有無が問題とされず、「善管注意義務」の履行が重要な問題となる。また、依頼者の指示・指図が不当である場合、依頼者に指摘し勧告を行うべきにもかかわらず、それをしなかったときは、説明義務違反より法律専門家としての「善管注意義務」違反が問われる。さらに、依頼者本人が自ら最適ではない処理方法を選択する場合、弁護士が複数の処理方法のそれぞれのメリットとデメリットを十分に説明すれば、その処理方法が債務

としての適法性が獲得され、弁護士責任が問われないが、その前提条件としては、弁護士により提示された複数の処理方法がいずれも合理性を有するものでなければならず、さもなければ、「善管注意義務」違反になり、そのとき、説明義務が尽くされたとしても弁護士責任が免れない。要するに、弁護士の説明と依頼者の同意によって、最適ではない事務処理方法が債務としての適法性が獲得される場合があるものの、委任の趣旨と事務の性質に従い合理的に事務処理を執行することが法律専門家である弁護士の中心的義務であって、「善管注意義務」を尽くしたうえでの説明が問題とされるべきであるように思われる。

3 弁護士の「善管注意義務」と説明義務との関係

医師の説明義務と治療義務との関係については、説明義務が法的義務であるとすれば、それは治療義務の一つの派生的義務であるのか、それとも治療義務と並列する独自の法的義務であるのかという問題が提示されていた⁶⁵。近時では、医師の説明義務が診療債務に付随する義務ではなく、診療債務と有機的関連を有する義務であるという見解⁶⁶や、医師の説明義務が善管注意義務の具体的内容の一つと位置づけられるという意見⁶⁷も存在する。さらに、最高裁平成 13 年 11 月 27 日判決民集 55 卷 6 号 1154 頁では、医師は診療契約に基づき

⁶⁵ 唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明—西ドイツにおける判例・学説—」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅶ（補巻）』（有斐閣 1965 年）76 頁。

⁶⁶ 中井美雄・蒔立明編『医療過誤法』（青林書院、1994 年）74 頁以下〔高嶋英弘〕、池田恒男＝李庸吉「説明義務違反を認めなかった原審の判断に誤りがあるとされた事例—予防的な治療に際しての医師の説明義務について」龍法 40 卷 3 号 223 頁以下（2007 年）など、参照。

⁶⁷ 大谷實『医療行為と法』（弘文堂、平成 9 年）73 頁、川副加奈「療法選択をめぐる医師の説明義務について—最近の最高裁判決から—」金沢法学 49 卷 2 号 406 頁（2007 年）など、参照。

説明すべき義務がある」と示され⁶⁸、最近では医師の説明義務は独自の法的義務であるという認識が強くなってきている⁶⁹。

弁護士の説明義務と「善管注意義務」との関係については、前者が後者の一内容であるという見解が存在する⁷⁰ものの、医療の場合のような議論が未だに見られない。しかし、三で検討した下級審裁判例の傾向からみると、弁護士の場合でも、医療の場合のように、基本的に二つの捉え方が考えられる。すなわち、一つは説明義務を「善管注意義務」とは別個の義務とする立場であり、今一つは説明義務を「善管注意義務」の一内容とする立場である⁷¹。以下では、前者を「説明義務独立型」と呼び、後者を「善管注意義務一元型」と呼ぶこととする。下級審裁判例の多くが前者の「説明義務独立型」で判断していたのに対し、平成25年判決において、最高裁は後者の「善管注意義務一元型」で判断を下したと見られる。果たして、それぞれの立場で、弁護士の「善管注意義務」と説明義務との関係が異なるものになるのだろうか。

(1)「説明義務独立型」による場合

弁護士の説明義務を「善管注意義務」と別個の義務として捉える

⁶⁸ 当該判決において、最高裁は「医師は、患者の疾患の治療のために手術を実施するに当たっては、診療契約に基づき、特別の事情のない限り、患者に対し、当該疾患の診断（病名と病状）、実施予定の手術の内容、手術に付随する危険性、他に選択可能な治療方法があれば、その内容と利害得失、予後などについて説明すべき義務があると解される」と述べ、医師の説明義務が診療契約上の義務であることを示しただけで、これが付随的義務であると明言していないが、論者によって、最高裁は医師の説明義務を診療契約上の付随義務として判断したと解釈されている（稲垣喬『医事訴訟入門』[第2版]（有斐閣、2006年）253頁、浦川道太郎＝金井康雄他編『専門訴訟講座4医療訴訟』（民事法研究会、2010年）29頁など、参照）。

⁶⁹ 米村・前掲注（47）96頁以下では、医療者の法的義務として、生命・身体に対する保護義務と並んで情報提供義務（説明義務）が挙げられている。

⁷⁰ 加藤・前掲注（2）149頁。

⁷¹ 鎌田薫「わが国における専門家責任の実情」専門家責任研究会編・前掲注（1）72頁、佐久間・前掲注（7）83頁など、参照。

場合、その法的根拠は委任契約上の付随義務に求めることができ、このように判断する下級審裁判例も存在する。また、明文条文としては、民法 645 条が弁護士の説明義務の根拠にもなる⁷²。民法 645 条では、顛末報告義務のほか、途中の委任事務処理の状況を委任者に報告する義務も受任者に課されている⁷³から、受任後の説明義務を弁護士に課す根拠は当該条文に依拠することができる。民法 645 条に定められる報告義務について、多くの教科書は委任事務処理に付随する義務として位置づけて紹介している⁷⁴ことに鑑み、弁護士の説明義務を「善管注意義務」と別個で独立した義務として認識することも可能であろう。

付随義務と呼ぶかどうかを別として⁷⁵、委任の趣旨に従い、依頼者の利益に最も合致するよう委任事務を処理する「善管注意義務」と同時に、依頼者の利害に関わる事項を説明する義務を法律専門家である弁護士に求めることは、契約の性質から当然生ずるものである⁷⁶。

かりに説明義務が別個独立の義務であるとしても、説明対象は弁護士により選択された委任事務の処理方針・処理方法に関するものである。医療の場合には、説明義務の対象になる医療行為は医療水準に適ったものでなければならず、説明の在り方もまた医療水準に

⁷² 加藤・前掲注 (7) 11 頁、佐々木・前掲注 (7) 84 頁など、参照。

⁷³ 民法 645 条の条文上「委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況を報告し」と規定されているが、学説では、委任者の判断を求めることが委任の本旨に従うものである場合には、委任者の請求を待たないで受任者が報告すべき義務を負うと解釈されている（我妻・前掲注 (23) 677 頁、広中＝幾代・前掲注 (6) 237～238 頁など、参照）。

⁷⁴ 我妻・前掲注 (23) 676 頁、星野・前掲注 (30) 285 頁、内田・前掲注 (23) 292 頁、近江・前掲注 (26) 262～263 頁、田山輝明『契約法』（成文堂、2006 年）293 頁、加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』（有斐閣、2007 年）424 頁、加賀山茂『契約法講義』（日本評論社、2007 年）534 頁、などある。

⁷⁵ 契約による生じた債務は中心的・中核的債務と周辺の・付随的債務があることが確かであり（大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論』[第 2 版]（有斐閣、2005 年）32 頁以下を参照）、前者を中心的義務と呼ぶことが許されよう。

⁷⁶ 河上・前掲注 (49) 8 頁を参照。

適うことが要求される⁷⁷。同様に、弁護士の場合も、説明義務の対象である委任事務の処理方針・処理方法そのものが平均的弁護士を基準にして合理的であると考えられるものでなければなるまい。医師は医療水準以下の医療行為について、いくら説明を尽くしたとしても、そのような医療行為を行うこと自体が「善管注意義務」違反になる。同じく、弁護士は法律の専門家として、依頼者にとって合理性を有しない事務の処理方針・処理方法を提示し、そのリスクに関する説明を尽くした場合でも、「善管注意義務」に違反する。つまり、説明義務を別個独立した義務として捉える場合においても、委任事務処理方針・処理方法それ自体に問題がある場合には、説明義務違反の有無を問題にする前に、まずもって「善管注意義務」が履行されたかどうかを判断する必要がある、かかる「善管注意義務」違反があった以上、いくら説明を尽くしたからといって、債務不履行責任を免れることはできまい。とくに、専門家の知見からみて、事務処理に関する委任者の自発的指示や指図が合理性を欠くと判断される場合には、受任者としては委任者にそれを指摘して再考を促す義務を負う⁷⁸ことに鑑み、弁護士が自ら依頼者に提示する事務処理方法が不合理である場合には、説明をもって、最終的な判断責任とリスクを一方的に依頼者に転嫁することが許されるべきではなく、「善管注意義務」違反として責任を負わなければならないと考えられる⁷⁹。

(2)「善管注意義務一元型」による場合

説明義務自身が行為義務であることに鑑み、説明義務を善管注意義務の一内容として一元的に理解する場合は、「善管注意義務」それ自体を行為義務として捉えることを示すことになる。もちろん、

⁷⁷ 河上正二「診療債務について（覚書）」法学 74 卷 6 号 81～82 頁（2011 年）。

⁷⁸ 我妻・前掲注（23）671 頁を参照。

⁷⁹ 佐久間・前掲注（7）84 頁を参照。

委任事務処理に関するすべての行為義務が含まれるものとして「善管注意義務」を捉える場合には、説明義務が「善管注意義務」の一内容として理解される。「善管注意義務一元型」の立場に立っても、具体的事務処理方針・処理方法が委任の趣旨からみて合理性を有しないものであるとき、説明義務違反の有無を問題にするまでもなく、弁護士の「善管注意義務」違反が問われ得る(説明内容とあわせて考えると、不適切な内容の説明は、説明義務を尽くしていることにもならない可能性がある)。法律の専門家として、合理性を有しない事務処理方針・処理方法を依頼者に提示し、説明さえ尽くせば、専門的判断責任を依頼者に転嫁させることが認められるべきではない。以上のロジックは、「説明義務独立型」の立場と同じ結論に導かれる。

以上、検討してきたように、「善管注意義務」と説明義務との関係について、「説明義務独立型」の立場でも、「善管注意義務一元型」の立場でも、結局、弁護士により選択された委任事務の処理方針や方法それ自体が依頼者の利益にとって合理性を有しなければ、たとえ説明義務が尽くされたとしても、弁護士は「善管注意義務」違反の責任を負うことになる。つまり、説明を尽くせば自ら選択した事務処理方針や処理方法が合理的であるか否かを不問に付されることにはならない。

以上の結論は、ある意味で当然の帰結である。なぜなら、依頼者には問題を解決する知識や能力などが欠けているがゆえに、弁護士の専門的判断や能力等を信頼して問題の処理を委ね、弁護士がその信頼を受けて専門家として依頼者の最善の利益のために委任事務を処理すべきところ、中心的義務である委任事務の処理方針・処理方法が依頼者の利益保護にとって不合理である場合、説明義務違反の有無を問題にするまでもなく、まずもって「善管注意義務」違反として弁護士の責任を追及するのが論理的だからである。確かに、弁護士は、あくまで委任されて依頼者の利益に介入する立場にあり、

依頼者自身が自らの意思で自己の利益に関わる問題の解決方法を決めることが私的自治の要請するところであるが、依頼者の選択や自己決定に過度の機能を求めることは困難であり、適切でもない。医療の場合では、『患者が同意して、自分で決めたのだから』ということは、専門家集団としての医療機関にしてみれば自己の専門的判断についての責任を患者に転嫁するだけかもしれないのである⁸⁰という指摘があるように、委託を受けて専門的判断を委ねられている弁護士は、自らの専門的判断について一定の責任を負うべき立場にあり、自ら選択した委任事務の処理方針・処理方法が依頼者にとって最適でないにもかかわらず、説明をして了解を得ることによって、最終的な判断にともなうリスクや責任を一方的に依頼者に転嫁させることは、法律専門家としての専門的判断責任を放棄することにつながり、委任契約の趣旨にも反する⁸¹。

4 判例における「善管注意義務」違反と説明義務違反との交錯現象

上述のように、弁護士が法的吟味を経て選択した委任事務処理方法が不合理であれば、説明義務違反の有無を問題にする前に、「善管注意義務」違反の有無を判断すべきである。にもかかわらず、平成25年判決では、「時効待ち」方針を採用することは合理的根拠がないと認定しつつ、「善管注意義務」それ自体に違反したかどうかを判断せず、説明義務違反の問題として処理した。この事件における弁護士の説明は尽くされたものではないが、「時効待ち」方針を採用する

⁸⁰ 河上・前掲注(77) 83頁。

⁸¹ 医師の説明義務に関するものであるが、唄孝一「患者の権利—正しいインフォームド・コンセントとは—」人権のひろば 19頁(2001年)においては、「患者が承諾したからといって、医療行為に携わる医師の責任が患者に移るということではありません。…その医療行為自体の責任はあくまで医プロフェッション側にあるのです」と指摘する。

こと自体、委任事務処理義務の履行として問題があることが否定できない。最高裁の判断手法は、本来ならば、「善管注意義務」違反になるか否かの判断要素を、説明義務違反の判断構造の中に組み入れているように思われる。実は、このような判断手法は平成 25 年判決だけではなく、医療訴訟に関する最高裁判決の中にも存在する。

たとえば、分娩方法選択に関する最判平成17年9月8日判時1912号16頁（以下「平成17年判決」という）が、これである。当該事案において、最高裁は、帝王切開を希望する妊婦夫婦に経膈分娩を勧める医師が、分娩方法選択にとって重要な判断要素である「胎児の最新の状態」を患者側に認識させるために説明すべきであるのに説明しなかったことを一判断要素として、医師側の説明義務違反を認めた⁸²。しかし、本件は、説明しなかったことが説明義務違反になるとしても、そもそも「胎児の最新の状態」を把握するために胎児の推定体重を測定する措置を医師側が行わなかったので、これが明らかに採るべき医療措置をしなかったという不作为の診療義務違反の場面でもある。にもかかわらず、最高裁はこの事実を認定しながら、診療義務違反ではなく、説明義務違反として問題を処理したのである。

今ひとつ、療法選択に関する最判平成 18 年 10 月 27 日判時 1951 号 59 頁（以下「平成 18 年判決」という）がある。当該事案において、動脈りゅうの治療を受ける患者が、開頭手術を選択したあと、患者

⁸² 当該判決において、最高裁は「…出産約 2 週間前においては、胎児の体重は 3057g と推定されたものの、超音波測定による推定体重には 10～15% 程度の誤差があるとされている上、出産までの 2 週間で更に約 200g 程度は増加するとされている上、出産時の体重が 3500g を超えることも予想される状況にあったが、骨盤位で胎児の体重が 3500g 以上の場合には帝王切開術を行うべきものとする見解もあった。しかし、被上告人医師は、平成 6 年 4 月 27 日を最後に、胎児の推定体重を測定しなかった」という事実を認定したあと、「…胎児の最新の状態でこれらに基づく経膈分娩の選択理由を十分に説明しなかった上、もし分娩中に何か起こったらすぐにでも帝王切開術に移れるのだから心配はないなどと異常事態が生じた場合の経膈分娩から帝王切開術への移行について誤解を与えるような説明をした…」とし、医師の説明義務違反を認めた。

の身体状況の変化から手術の遂行が困難になり、もう一つの術式を勧める医師が、手術を受ける選択肢の他にいずれの手術も受けずに保存的に経過を見るという選択肢について再度患者に説明しなかった。このことにつき、最高裁は「説明義務を尽くしたということができ」ないと判断した。しかし、ここでは、説明しなかったのは、医師側が患者の身体変化を受けて再び治療方法の一つとして「保存的に経過を見る」という選択肢を考えてなかったからであろう。本来、医師は患者の身体状況の変化に応じて再度治療方法を吟味する義務を有するにも関わらず、当該事件での医師らはそれを怠ったために患者にそのような選択肢を再度提示することができなかったと考えられる。とすると、これは説明義務違反の問題より、「善管注意義務」たる診療義務違反になるのではあるまいか。

このように、平成 17 年判決も平成 18 年判決も必要な医療措置の不作为が説明義務違反の判断要素として考慮され、中心的義務である診療義務違反の有無に関する判断を避け、説明義務違反のみを問題にしている。この二つの判決に対し、「狭義のあるいは純粋な説明義務の問題以外のものが判決理由に交じり込み、医療措置における不完全履行と説明義務違反との交錯が見て取れることは、注目に値する・・・」⁸³との指摘があることも興味深い。

以上のように、事件の性質が異なるものの、同じく委任契約における受任者たる専門家の説明義務違反を取り扱う平成 25 年判決と平成 17 年判決、平成 18 年判決とは、同様の判断手法を用いており、すなわち、「善管注意義務」履行上の問題点を説明義務違反の判断要素をなすものとし、「善管注意義務」の不完全履行の問題に触れず、説明義務違反のみをもって責任を認定する。説明義務の問題のほか、委任契約上の中心的義務履行においても問題もある場合、説明義務

⁸³ 池田＝李・前掲注（66）247 頁。

違反のみを認定するという判断手法によって、説明義務が拡大化されたとはいえ、当事者の主張の仕方によっても左右されるものであろうが、あらゆるものを説明義務で処理することは、決して望ましいことではあるまい。なぜなら、本来、受任者として「委任の本旨」に従った履行を行ったかどうか判断されるべき問題を説明義務の問題で代替することによって、中心的義務である「善管注意義務」の履行の有無が曖昧になり、専門家として果たすべき責任が軽視され、問題の本質を見失うことにつながる恐れがあるからである⁸⁴。

5 小括

弁護士にしても医師にしても、専門家として、委任事務処理にあたって一定の裁量権を有することは疑いないが、その裁量権の行使にとって、選択した事務の処理方針・処理方法が合理的かつ妥当なものであることが必須の前提であると言わねばならない。弁護士に選定された事務の処理方針・処理方法が不合理であるとき、裁量権行使の逸脱として「善管注意義務」違反となり、そのような処理方針・処理方法について、どれほど依頼者に説明を尽くしたとしても「善管注意義務」違反の責任が免れまい。専門家として為すべきことを怠っているとすれば、説明義務違反の有無でなく、「善管注意義務」違反として判断されるべきである。もちろん、裁量権の行使によって策定された事務の処理方針・処理方法が合理的であっても、依頼者の意思を確認せず、独断で委任事務を処理してはならない場合があることにも注意が必要である。委任された事務が依頼者の身分や財産管理をはじめとする重要な利害に関わるものであればある

⁸⁴ 池田＝李・前掲注（66）250頁においては、主に平成17年判決と平成18年判決を対象にし、「・・・誤診や療法選択ミス、手術ミス等の問題を説明義務問題で代替し、医療過誤訴訟を諸事情の井勘定による割合的解決に委ねるようなことがあってはならない」と指摘している。

ほど、依頼者の決定を最大限尊重する必要がある、それを依頼者に説明し、その了解を得なければならないのが原則であろう。医師の裁量権行使について、河上教授の「①医療水準への合致として、治療方針や方法の選択・適応判断・措置の合理性・正当性と、②患者の自己決定の尊重と説明義務の遂行などによって当該の医的侵襲が正当化されている必要がある」⁸⁵という指摘は、弁護士業務についても妥当するように思われる。つまり、弁護士も専門家として裁量権を行使するとき、まず「善管注意義務」に遵守し、平均的な弁護士の注意をもって依頼者の利益のために考えられる合理的な事務処理方針・処理方法を選択したうえ、それについて依頼者に対して適切に説明することが求められる。委任事務処理方針・処理方法の選定に関わる弁護士の責任は、説明をもって依頼者に移転することはできない性格のものである。法的吟味により選択された委任事務処理方針・処理方法の責任は、あくまで法律専門家である弁護士側にあり、説明を尽くしたからといって、専門的判断責任を依頼者に転嫁することが許されるべきではない。

「与える債務」の場合、目的物の引渡義務と目的物に関する説明義務とは明らかに別個の義務であるのに対し、委任事務処理のような「為す債務」の場合には、委任事務処理という債務の内容は、場合によって説明義務の履行によって具体化されることもあり、「善管注意義務」と説明義務とは密接に関わり合う関係を有する。しかしながら、説明義務は、あくまで債務の内容を具体化するにあたって一定の役割を果たすもので、既に委任の趣旨と事務の性質によって形成された債務の根幹部分である「善管注意義務」の内容は説明義務によって軽減されることはないのではあるまいか。説明義務と「善管注意義務」はそれぞれ有する機能が異なり、「善管注意義務」違反

⁸⁵ 河上正二・「医療における『善管注意義務』—最近の最高裁判例から」日医雑誌 135 巻 1 号 80 頁（2006 年）。

の問題を説明義務の問題で代替することは適切でないように思われる。また、法律専門知識を有しない依頼者は、たとえ説明を受けたとしても、弁護士の提示する事務処理方針や方法の適否を容易に判断することができず、説明をもって最終的判断責任を依頼者に帰属させるには、少なくとも専門家として選択した事務処理方針や方法が合理性を有するものでなければならない。説明義務は、あくまで委任事務処理方針や方法に依頼者の意思を反映させるためのものであり、肝心の提示された委任事務処理方針や方法それ自体に問題があるときには、いくら説明を尽くしたとしても、依頼者の意思が正確に反映されているとはいえない。

近時、投資取引領域において、金融業者が顧客に金融商品を勧誘する際に、説明義務の履行として商品の仕組みやリスク等を説明すれば良いのではなく、適合性原則に従い、自ら勧める金融商品が顧客の属性に照らして当該顧客にとって適合性を有することが要求されている⁸⁶。顧客に不適合な金融商品を勧誘し購入させた場合に、損害賠償責任を負わなければならない⁸⁷。つまり、金融業者は金融取引の専門家として、顧客に対して説明を尽くしたとしても、勧めた金融商品が顧客にとって適合性を有するとの合理的根拠を有しなければ損害賠償責任を負うことになる。

専門性においても、公益性においても、金融業者より高い職業倫理が要求される弁護士⁸⁸は、依頼者に提示した事務処理方針や方法が合理性を有することを前提に、説明を尽くす必要があるように思わ

⁸⁶ 適合性原則について詳しくは、王冷然『適合性原則と私法秩序』（信山社、2010年）、同・「適合性原則に関する基礎的考察」私法75号214頁以下（2013年）など、参照。

⁸⁷ 最判平成17年7月17日民集59巻6号1323頁によって適合性原則違反を理由とする不法行為責任が成立すると判示され、適合性原則違反による損害賠償責任を認定した下級審裁判例も多数存在する。詳しくは王・前掲注（86）参照。

⁸⁸ 弁護士の性格としては、公益性を有することについては、加藤・前掲注（2）5頁以下、参照。

れる。たしかに、依頼者の自己決定権を保護するために説明義務は重要ではあるが、説明さえ尽くせば、自ら選択した委任事務の処理方針や方法の適否が問われないことにはならないことは、本稿において繰り返し指摘してきたところである。「善管注意義務」に従い、説明の対象である委任事務の処理方針や方法それ自体が合理的であるか否かをまずもって判断する必要がある。選択した事務処理方針や方法が「不作為」である場合も事情は異ならない。「不作為」の方針を採る合理的根拠がなければ、いくら説明を尽くしたとしても「不作為」の事務処理方法が正当化されることにはなるまい。委任事務処理方針や方法それ自体に問題がある場合、「善管注意義務」違反の有無を問題せず、説明義務の問題として処理することによって、委任事務処理における本来為すべき義務の履行の存否が曖昧になることは望ましいことではない。弁護士の責務を明らかにするためにも、委任事務処理方法自体に問題がある場合、まずもって「善管注意義務」違反の有無が判断されるべきであろう。さもなければ、平成 25 年判決のように説明義務違反を認めても認めなくても、結果として弁護士が債務不履行責任を負うという奇妙な帰結になりかねない（平成 25 年判決では、説明義務が尽くされた場合でも、「時効待ち」手法に合理的根拠がないと判断される以上、たとえ依頼者が説明を受けて当該手法を選択しても、弁護士は債務不履行責任を負わなければならない⁸⁹⁾）。

六 結びに代えて

弁護士は法律専門家として、法的知識や能力面において依頼者に信頼され、依頼者の利益のために合理的に委任事務を処理しなければならない。この「善管注意義務」を中核とし、弁護士は裁量権を行使し、依頼者にとって最適と考えられる事務処理方針や方法を選

⁸⁹⁾ 佐久間・前掲注(7) 84 頁を参照。

択し、依頼者の意思決定を事務処理方法に反映させるため、依頼者に理解できるように説明する義務を負う。事務処理は手段債務であるゆえ、弁護士の説明と依頼者の同意によって具体的処理方法が形成され、債務内容が確定されていく側面もあり、一見最適ではないように見える処理方法が弁護士の十分な説明と依頼者の同意によって債務として適法化される場合もある。この意味では、説明義務と「善管注意義務」の内容の具体化は分かちがたく結びつけられ、密接な関連性を有することは否めない。しかし、両者の間に密接な関係性を有するからといって、中心的義務違反となる問題を「善管注意義務」違反でなく、説明義務違反として処理するがごとき判断手法は適切ではない。説明はあくまで「善管注意義務」が尽くされたことを前提に行われるものであり、説明をもって専門家的判断責任を一方的に依頼者に転嫁することが認められるべきではない。また、「善管注意義務」違反を問題とすべきものを説明義務の問題で代替することは、中心的義務違反の有無を曖昧にするだけでなく、弁護士としての職責についての認識にも悪影響をもたらす可能性がある。弁護士として、その判断リスクや責任を依頼者に容易に転嫁することが許されるとすれば、弁護士として資質が問われよう。むやみに説明義務をもって問題処理するのではなく、履行すべき義務がきちんと履行されたかどうかを正面から捉えるべきである。これは弁護士の場合にとどまらず、医師や、その他の専門家に關しても言えることではあるまいか。

最後に効果についても一言する。

弁護士の責任に関する訴訟の場合、説明義務違反にしても「善管注意義務」違反にしても債務不履行責任構成によって判断されるため、委任事務処理が完了していない場合には、理論上、契約の解除や損害賠償の両方が認められ、現に、両方を認めた裁判例も存在す

る。この点は、医療訴訟の場合と異なる。医療訴訟においては、たとえ債務不履行責任構成を採る場合でも、医療行為が既に終了したため、契約を解除する実益がなく、結果として損害賠償を請求するしかない場合が圧倒的に多い。

損害賠償については、医療訴訟の場合には、たとえ説明が尽くされたとしても、患者が別の療法を選択する可能性が低いとされ、説明義務違反と生命・身体の損害との間に因果関係がないとされ、損害賠償はほとんど「慰謝料」の形で認定される⁹⁰。これに対し、弁護士の説明義務違反責任については、慰謝料しか認めない裁判例もあれば、財産的損害賠償を認める裁判例も存在する⁹¹。また、同じ説明義務違反ではあるが、投資取引訴訟では、ほとんどの裁判例で過失相殺が施され、顧客の経済的損害に関する賠償を認められている。

このように、説明義務違反による損害賠償については、裁判所の判断がそれぞれ異なる。これは因果関係の立証問題と関係しているのではないかとも思われるが、投資取引訴訟に関する裁判例は因果関係の存否を認定せず財産的損害賠償を認めている⁹²ため、必ずしも

⁹⁰ 最判平成 13 年 11 月 27 日民集 55 巻 6 号 1154 頁の差戻し後の控訴審である大阪高判平成 14 年 9 月 26 日判タ 1114 号 240 頁においては、患者からの逸失利益たる経済的損害に関する賠償請求について、裁判所は「控訴人（医療機関側一筆者注）において、説明義務を尽くしたとしても、被控訴人（患者一筆者注）が乳房温存療法を受けたかどうかは定かではないことなどからすると、本件手術自体が診療契約上の義務違反に当たるとまでいうことはできず、また、控訴人の説明義務違反と被控訴人の請求する上記損害との相当因果関係を認めることもできない」ことを理由に経済的損害賠償を否定し、100 万円の慰謝料の賠償を認めた。

⁹¹ 平成 25 年判決の差戻し後の控訴審である福岡高判平成 25 年 10 月 3 日判時 2210 号 60 頁において、裁判所は「A は、控訴人の説明義務違反により、債務整理につき早期解決の機会を奪われ、不安定な法的地位のまま推移させられたという不利益を被ったものであり、これにより精神的苦痛を受けた」と判示したあと、具体的な損害額を認定するとき、再交渉により合意した 50 万円の和解金について、「実際にはそのうち 12 万円を支払っただけで、残債務については免除を受けているなどの事実を合わせ考慮すれば、A が受けた精神的苦痛を慰謝する損害賠償額として 20 万円を認める」と判断し、精神的損害しか認めないとしながら、その損害額を認定するとき、実際に生じた経済的損害の事情をも考慮している。

⁹² 小粥・前掲注（58）ジュリ 1088 号 93～94 頁においては、投資取引における説

因果関係だけの問題ではないようである。各場面での契約の性質がそれぞれ異なり、損害賠償の認定についても差異を生じたのかもしれない。

一般的に説明義務は、患者・依頼者・顧客の自己決定や選択の自由を保護するために要求されるものであるとされる⁹³が、それぞれの場面での損害賠償に関する認定が異なることからみると、同じく説明義務違反にしても、それぞれの場面での説明義務の性質が異なり⁹⁴、それぞれ保護しようとする利益が異なっている可能性がある。これらの相違により損害賠償の認定のあり方が影響されるとすれば、問題はひとり説明義務のみでなく、損害賠償法全体に関わる可能性がある。いずれにせよ、さらに詳細な検討を要する課題であり、この点は、他日を期したい。

＊本稿は、平成26年度科学研究費補助金(基盤研究(C)、課題番号:25380134)による研究成果の一部である。

明義務違反に関する損害賠償責任を認定する場合、裁判例は因果関係を厳密に認定していないが、本来、経済的損害を賠償させるには因果関係が必要であると指摘する。

⁹³ 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』[第2版](信山社、2009年)126頁以下を参照。

⁹⁴ 最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁において、判決は、「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである」とした。同判決をめぐって、説明義務違反の性質に関する問題が提起されている(松井和彦「判批」判時2181号175頁以下(2013年)、山口雅裕「契約締結前の説明義務違反の法的性質について：最二小判平成23.4.22判タ1438号87頁」判タ64巻3号40頁以下(2013年)、溝渕将章「判例研究」阪大法学62巻5号1587頁以下(2013年)など、参照)。